



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO [2018-2019]

TÍTULO:

**PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR FRENTE AL EMBAUCAMIENTO
SEXUAL: ARTÍCULO 183 TER.2 CP**

AUTOR:

D. JOSÉ ISRAEL GODINO NAVARRO

TUTORA ACADÉMICA:

DÑA. MARÍA DEL MAR MOYA FUENTES

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR FRENTE AL EMBAUCAMIENTO SEXUAL: ARTÍCULO 183 TER.2 CP.

RESUMEN: Desde la aparición de Internet, han sido numerosos los avances que hemos experimentado: mejores comunicaciones, mayor difusión de la información, socialización del conocimiento... Pero detrás de estas virtudes han surgido también ciertos peligros digitales, y los más vulnerables a ellos, son los menores. El presente trabajo analiza la respuesta del Ordenamiento jurídico español a uno de estos nuevos riesgos: el embaucamiento de menores para obtener de ellos imágenes o materiales pornográficos (art. 183 ter.2 CP).

PALABRAS CLAVES: Sexting, embaucamiento de menores, videos o imágenes sexuales, pornografía infantil, Internet y nuevas tecnologías, España.

ABSTRACT: *Since the emergence of the Internet, there have been many advances we have experienced: better communications, greater dissemination of information, knowledge socialization...But behind these virtues have also emerged certain digital risks, and the most vulnerable to them, are minors. This paper analyses the response of the Spanish legal system at one of these new risks: the humbug of minors to obtain images or pornographic materials from them (article 183 ter.2 CP).*

KEYWORDS: *Sexting, solicitation of children, videos or intimate images, child pornography, Internet and new technologies, Spain.*

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
1. <i>Peligros y bondades de la Red</i>	4
2. <i>Evolución de la sexualidad y de los derechos de los menores</i>	7
II. MARCO NORMATIVO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES ANTE DELITOS SEXUALES INFORMÁTICOS.....	12
1. <i>Ámbito internacional</i>	12
A. Convención de los Derechos del Niño.....	12
B. Convenio de Budapest: Ciberdelincuencia.....	13
C. Convenio de Lanzarote: Protección específica del menor.....	15
2. <i>Plano comunitario</i>	16
A. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003.	17
B. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.	18
3. <i>Derecho comparado</i>	19
A. Derecho continental o <i>Civil Law</i>	19
B. Derecho anglosajón o <i>Common Law</i>	20
C. Derecho islámico o <i>Shari'a Law</i>	21
III. EL DELITO DE EMBAUCAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ART. 183 TER.2 CP.....	23
1. <i>Sujetos</i>	33
A. Activo.....	33
B. Pasivo.....	37
2. <i>Conducta típica</i>	41
3. <i>Tipo subjetivo</i>	45
4. <i>Iter criminis</i>	47
5. <i>Autoría y participación</i>	50
6. <i>Concursos</i>	51
7. <i>Penalidad</i>	54
8. <i>Reglas procesales</i>	57
IV. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.....	59
1. <i>Objetivos</i>	59
2. <i>Metodología</i>	59
3. <i>Sentencias analizadas</i>	60
4. <i>Resultado del análisis</i>	71
V. CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA	79
ÍNDICE DE GRÁFICOS	87
ANEXO JURISPRUDENCIAL	88

ABREVIATURAS

art. / arts.	artículo / artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
Cfr.	Confróntese.
CP	Código penal.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
FJ	Fundamento Jurídico.
LEVD	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
LO	Ley Orgánica.
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
ob. cit.	objeto de cita.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
pág. / págs.	página / páginas.
RAE	Real Academia Española de la lengua.
RD	Real Decreto.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TUE	Tratado constitutivo de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
vid.	Véase.

I. INTRODUCCIÓN

1. Peligros y bondades de la Red.

A la sociedad de la primera década del Siglo XXI se la conoce como “Sociedad de la información”, pues en ella han irrumpido nuevas tecnologías e innovadoras formas de comunicación y de difusión de la información, que han permitido que personas de todo el mundo puedan interactuar independientemente de la distancia a la que se encuentren o la lengua que utilicen y que la información circule de forma sencilla, inmediata y libre.

A ello ha contribuido la sencillez de los modernos dispositivos y la reducción de su coste, que ha llevado a que hoy en día: el 53% de la población de todo el planeta tenga acceso a Internet; existan más de 4.021 millones de usuarios de la Web¹; más de 1.000 millones de sitios *online*; 123’78 millones de dominios y, se realicen más de 3.000 millones de búsquedas de información diarias². Y es que nadie se le escapa el hecho de que estas “*nuevas tecnologías*”³ han supuesto la revolución social más importante de nuestros tiempos.

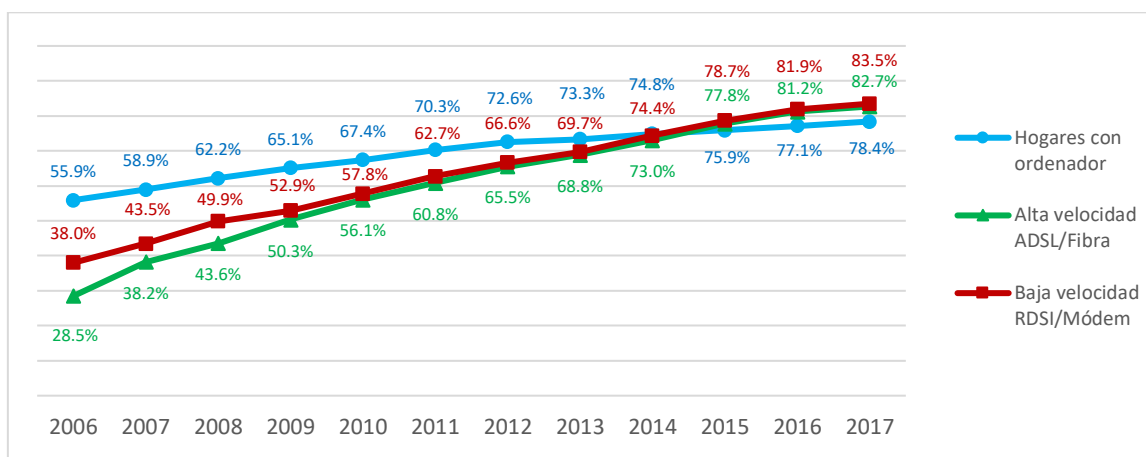
Datos estos que también se corroboran en nuestro país. En efecto, si analizamos las estadísticas del Observatorio Español de Delitos Informáticos, vemos en el siguiente gráfico que el número de dispositivos disponibles en los hogares españoles no deja de crecer, habiéndose pasado de disponer de conexión a Internet el 38% de los hogares en 2006, a un 83,5% en 2017, así como de tener ordenador en el 55,9 % de los domicilios, al 78,4% actual.

¹ Información de usuarios de Internet obtenida en la página *We are social*, estudio realizado por Global Digital Report, publicado el 30 de junio de 2018, datos globales de enero de 2018, disponible en <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

² La información indicada sobre el uso de Internet ha sido obtenida en la página de la *World Wide Web Foundation* publicada el 23 de mayo de 2017, sobre la base de los datos aportados por los diferentes Estados respecto del año 2016, disponible en <https://webfoundation.org/research/open-data-barometer-fourth-edition/>, último acceso 9 de diciembre de 2018.

³ Tecnologías de la Información y la Comunicación, MOYA FUENTES, M. M. “*La Protección de los Servicios de Acceso Condicional*”, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 17, las define como “herramientas electrónicas destinadas a la producción, intercambio y transmisión de la información”, y PÉREZ PORTO, J. y GARDEY, A., *Definición de tecnología de la información*, 2016, disponible en <https://definicion.de/tecnologia-de-la-informacion>, último acceso 3 de enero de 2019, como “el uso de equipos de telecomunicaciones y ordenadores para la transmisión, el procesamiento y el almacenamiento de datos”.

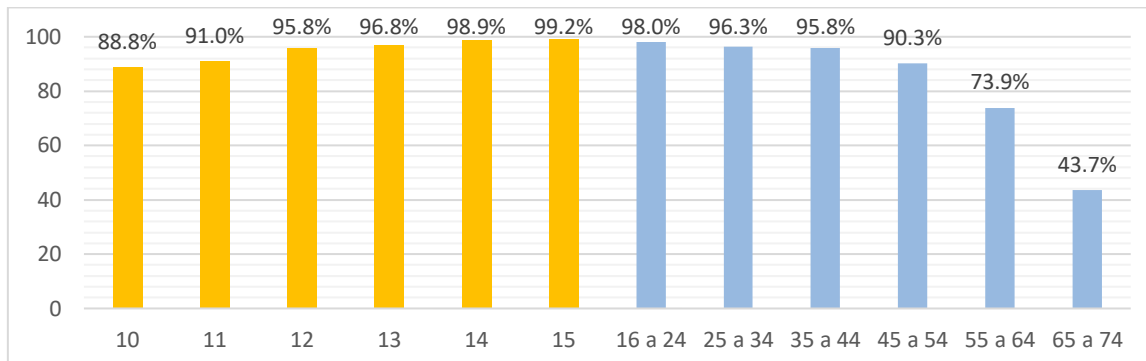
Gráfico 1: Evolución del equipamiento TIC en las viviendas desde 2006 hasta 2017



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Observatorio Español de Delitos Informáticos

Además, el porcentaje de menores que utilizan Internet y redes sociales (de ordinario sin supervisión de un adulto), es ya más elevado que el número de adultos que las usan. Así, tal y como muestra la siguiente gráfica, un 88,8% de los menores de 10 años accede a la Red de forma habitual y, en cambio, tan solo el 43,7% de adultos de más de 64 años sabe navegar por la Red.

Gráfico 2: Uso de Internet por edades



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Observatorio Español de Delitos Informáticos

Los menores actuales han nacido y crecido en un mundo en el que siempre han existido las TIC's (pues son “*nativos digitales*”⁴, que no conciben las relaciones personales sin Internet), pero hay que obviar que siguen siendo menores e inexpertos y, por lo tanto, dados a experimentar y a probar cosas nuevas.

⁴GIL ANTÓN, A.M. “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, número 10, 2010, pág. 214, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11097>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

Una de esas nuevas y peligrosas experiencias es el *sexting*, o el intercambio de imágenes eróticas o sexuales, que con un vertiginoso crecimiento se ha convertido en “*la nueva moda entre los jóvenes y adolescentes de las sociedades occidentales*”⁵.

Su práctica es tan común, que hoy día los jóvenes intercambian imágenes eróticas o sexuales de forma compulsiva, sin ser conscientes de la exposición de su intimidad y de los problemas que puede conllevar una posterior redifusión no autorizada, ni de la falta de control sobre las imágenes propias que, al ser subidas a las redes sociales escapan a su dominio y se convierten en imágenes públicas⁶.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura delictiva del embaucamiento de menores con fines sexuales, por medio de Internet, teléfono o nuevas tecnologías, u “*online child sexting*”, cuya regulación se encuentra recogida en el artículo 183 ter.2 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Para su exposición se va a mostrar en una primera parte, cuáles son las consecuencias de la irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad, sus bondades, sus virtudes, pero también los riesgos y peligros que puede acarrear. Se expondrá cuál ha sido la evolución de la sexualidad y los derechos de los menores a lo largo de la historia y cómo ha quedado configurado el marco legislativo actual para su tutela, en particular, frente a los peligros de la Red, las conductas sexuales cibernéticas y el embaucamiento sexual. A continuación, se realizará un análisis dogmático del art. 183 ter.2 CP y por último, se profundizará en la jurisprudencia existente para apreciar los principales problemas de aplicación que plantea el delito y se mostrarán las soluciones adoptadas por los Tribunales.

⁵VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online y menores: Grooming y Sexting en adolescentes”, en *EGUZZILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 2, 2017, pág. 28.

⁶Y como es de esperar, los medios de comunicación no han pasado por alto este incremento de los casos de “*sexting*”. A modo de ejemplo, se pueden destacar los siguientes titulares de la prensa nacional: EL FARO DE VIGO, “*Un menor y un adulto, investigados por un caso de sexting a otra menor en Lugo*” (publicado el 10 de enero de 2019, último acceso 16 de enero de 2019, disponible en <https://www.farodevigo.es/sucesos/2019/01/10/menor-adulto-investigados-caso-sexting/2030586.html>); EL PAÍS, “*Sexting entre adolescentes, una práctica en aumento y cada vez más pronto*” (publicado el 11 de marzo de 2018, último acceso 4 de diciembre de 2018 disponible en https://elpais.com/elpais/2018/03/09/mamas_papas/1520582602_813226.html); DIARIO PALENTINO, “*Investigado un guardense por intentar embaucar a una menor*” (publicado el 29 de noviembre de 2018, último acceso 4 de diciembre de 2018, disponible en <http://www.diariopalentino.es/Noticia/Investigado-un-guardense-por-intentar-embaucar-a-una-menor>); 20 MINUTOS, “*El 24% de los menores ha recibido un mensaje de contenido sexual en el móvil*” (publicado el 27 de febrero de 2018, último acceso 4 de diciembre de 2018, disponible, en <https://www.20minutos.es/noticia/3273693/0/menores-recibido-mensaje-sexual-movil-estudio/>); HERALDO DE ARAGÓN, “*Cinco consejos para frenar el sexting*” (publicado en fecha 12 de junio de 2018, último acceso 4 de diciembre de 2018, disponible en <https://www.heraldo.es/noticias/suplementos/heraldo-joven/2018/06/12/cinco-consejos-para-frenar-sexting-1247040-2261031.html>) o, DIARIO INFORMACIÓN DE ALICANTE, “*El peligro del adolescente siempre conectado*” (publicado en fecha 21 de septiembre de 2018, edición impresa, pág. 6).

2. Evolución de la sexualidad y de los derechos de los menores

Adentrándonos en el análisis, si hacemos un repaso histórico, podemos observar el profundo cambio que ha experimentado el papel de los menores en las sociedades y las formas en que han desarrollado su sexualidad. Los menores han pasando de ser “*un bien propiedad de los padres del cual podían disponer a su antojo*”, a “*personas libres e iguales y con todos sus derechos, que necesitan del apoyo de sus progenitores para poder evolucionar y alcanzar la edad adulta*”⁷. Y es que la consideración hacia la dignidad y la libertad sexual de los menores, y más concretamente su protección ante el sexo, no comenzó a arraigar en la colectividad hasta mediados del Siglo XX con la entrada en vigor de la “Carta Internacional de los Derechos del Niño”⁸ de 1989.

Uno de los más importantes estudios del trato y de la consideración de los menores a lo largo de la historia data de 1974, “*La evolución de la infancia*” de DeMAUSE, y en él se comprueba que la protección sexual de los impúberes tenía poca importancia en las sociedades antiguas y modernas⁹. En dicho estudio, publicado ínsito en el libro “*Historia del Infancia*”¹⁰, su autor cuantificaba en seis los estadios por los que ha evolucionado el trato a los menores, y expone cómo la infancia ha ido ganando derechos y libertades a medida que las sociedades avanzaban. Inicia su clasificación en la etapa que denomina de Infanticidio¹¹, en la que engloba el periodo de esplendor de la Antigua Grecia, y continúa con las etapas de Abandono¹² de la época romana, de Ambivalencia¹³ de la Edad Media,

⁷DeMAUSE, Ll. *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982, pág. 15, disponible en http://www.psicodinamicajlc.com/articulos/varios/evolucion_infancia.html, último acceso 3 de enero de 2019.

⁸ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, disponible en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁹ SAEZ MARTÍNEZ, G.J. “Aproximación Histórica a los abusos sexuales a menores”, en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 29, 2015, disponible en <https://www.ehu.eus/documents/1736829/5274977/07+Saez>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

¹⁰ DeMAUSE, Ll. *Historia de la infancia*, ob. cit., pág. 15, último acceso 3 de enero de 2019.

¹¹ **Infanticidio.** Los niños sufrían todo tipo de abusos sexuales en el mundo antiguo, pero era visto como parte de su formación (CANTARELLA, E. *Según Natura. La sexualidad en el mundo antiguo*, Akal, Madrid, 1991, págs. 35-41). Existía el delito de pedofilia (entendido como vejación por la humillación que suponía). Los menores eran propiedad de sus padres, que podían incluso matarlos, por ello, cuando el menor alcanzaba la edad adulta veían a los más jóvenes como le vieron a él, objetos a los que podía golpear, violar o matar.

¹² **Abandono.** También en Roma sufrían los niños abusos sexuales pese a que abusar de un menor era considerado delito de estupro (JUSTINIANO. *Digesto*, Libro 48, Título 35, Ley 45, párrafo 1). Leyes Republicanas como la *Scantina* (225 a.C.), que sancionaba las relaciones sexuales con menores de 17 años, y Leyes Imperiales como la *Cornelia de Sicariis et Venefictiis* (81 a.C.) y la *Iulia de Adulteriis y de Maritandis Ordinibus* (18 a.C.), pretendieron poner fin a dichas conductas inmorales.

¹³ **Ambivalencia.** En la Edad Media, se pretendía proteger la “virtud”. La sodomía de menores (que eran vistos como proyecciones del mal) era “pecado nefando” (TOMÁS Y VALIENTE, F. *Sexo barroco y otras*

Intrusión¹⁴ en la Edad Moderna, y finaliza los que designa como estadios de Socialización¹⁵ y de Apoyo¹⁶ de la Edad Contemporánea. Pero debido a la fecha de realización de la obra y los rápidos avances tecnológicos, su trabajo quedó a las puertas de la era digital, y por lo tanto obsoleto para ofrecer una visión del momento y de la sociedad actual.

Hoy en día nos encontramos ante un escenario que en los tiempos del estudio de DeMAUSE no existía, pues concurren ciertos factores¹⁷ como, por ejemplo, la irrupción de las redes sociales y de Internet o, el surgimiento de una nueva sociedad mucho más exigente que deja menos tiempo disponible para las familias, que lo modifican de forma significativa. En la actualidad, como apunta RAMOS VÁZQUEZ¹⁸, la idea de familia no orbita sobre los ideales de la protección y del cuidado como sus ejes centrales pues, *“ni el hombre es ya el protector y sustentador de la familia ni la mujer es simplemente la madre que cría y cuida a los hijos y mantiene y se encarga del hogar”*.

El modelo de familia tradicional se ha difuminado, tanto el hombre como la mujer trabajan, tienen una vida social compleja y sus roles no son tan estrictos. Su composición también ha cambiado, existen familias unidas por un vínculo de sangre y otras establecidas con lazos afectivos, que pueden estar formadas por una pareja heterosexual u homosexual o ser monoparentales formadas por hijos propios, de la pareja o adoptados.

transgresiones pre-modernas, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pág. 39). Los infantes debían ser “amaestrados”, si era preciso con castigos físicos, para que se convirtieran en adultos dignos.

¹⁴ **Intrusión.** Durante el Antiguo Régimen (que en España abarcó desde el año 1475, inicio del reinado de los Reyes Católicos, hasta la muerte de Fernando VII en 1833) se añadieron los delitos de abusos deshonestos y el rapto. Surgen instituciones benéficas para niños huérfanos (en 1410 se crea el primer orfanato del mundo en la ciudad de Valencia, el Colegio Imperial de Niños Huérfanos, fundado por San Vicente Ferrer) y se aprueba, bajo el reinado de Isabel II, el Código Penal de 1848 que recoge y delimita los “Delitos contra la honestidad”, lo que contribuyó a que se redujesen notablemente dichos delitos.

¹⁵ **Socialización.** Con la industrialización del Siglo XIX, no pocos menores fueron explotados laboral y sexualmente, al verse abocados a la prostitución por las penurias, por la miseria y los malos tratos recibidos en sus propios hogares (ALBÓ, R. “La prostitución de los niños”, en *Pro-Infantia*, nº 155, Madrid, 1924, pág. 438). Ahora lo que se pretende es que los menores sean útiles a la sociedad, son mano de obra barata, dócil y fácilmente manipulable, por lo que se educan, desde su infancia, para dicho cometido.

¹⁶ **Apoyo.** Llegado el Siglo XX, sin existir aún un derecho real a la integridad sexual de los menores, se establecieron leyes e instituciones para preservar a la infancia de la mendicidad y de la delincuencia (El Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad, las Juntas Locales de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad (1904) o Tribunales de Menores (1918), entre otras), pero con el fin de proteger a la sociedad de posibles maleantes. Pasaron de ser mano de obra, a seres “dignos de afecto y de cuidado” (RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Política criminal, cultural y abuso sexual de menores*, Tirant, Valencia, 2016, pág. 58), pues se comienza a comprender que la infancia es el futuro de la sociedad.

¹⁷ AVILÉS GÓMEZ, M., JIMENEZ CORTES, R. y otros, *Delitos y delincuentes, Cómo son, cómo actúan*, Editorial Club Universitario, San Vicente del Raspeig (Alicante), 2010, págs. 154 y 155.

¹⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Política criminal...*, ob. cit., págs. 59 y 60.

La familia moderna es tolerante, flexible, diversa, urbana y sumamente tecnológica¹⁹, tanto que podría decirse que las nuevas tecnologías son un miembro más. El tiempo que pasan los menores a solas con un ordenador, es cada vez mayor y, por lo tanto, los peligros a los que se exponen, crecientes. Tanto que se puede observar un incremento desmesurado uso de Internet, de las redes sociales y de otros instrumentos de fomento de las relaciones sociales y de las comunidades virtuales (el 98,3 % de los varones y el 98,7% de las mujeres, de entre 16 y 24 años, ha utilizado Internet con asiduidad en los últimos 3 meses)²⁰, lo que presenta una doble faceta, una positiva, de socialización y fomento de las relaciones interpersonales, y otra negativa, de aislamiento y de misantropía.

Y es que tanta socialización digital produce un aislamiento personal, y origina que los menores, inmersos en su mundo virtual, desconecten del mundo físico y real²¹.

Ahora, los menores tienen acceso en la Red a una ingente cantidad de información, disponen de cualquier dato, material, vídeo, audio o imagen del tema que precisen, incluidos, cómo no, los contenidos sexuales. Es alarmante que páginas de juegos *online* (pensados y diseñados para jóvenes y adolescentes), redes sociales o servidores de documentos educativos, sea constantemente bombardeados con publicidad, accesos o enlaces, a páginas de contenidos eróticos o pornográficos.

El mundo, como ha quedado patente, se ha transformado en un lugar sin “*fronteras digitales*”, más de la mitad de sus habitantes²² tiene acceso a Internet²³, más de 3 millones están conectados 6 horas al día, y en el que existe una completa libertad para crear una cuenta en *Facebook*, *Instagram*, *Tuenti* u otra plataforma social, de forma totalmente anónima (sólo es preciso un nombre y un email). Este nuevo mundo digital, libre, intercomunicado, abierto y lleno de oportunidades para la inmensa mayoría, es a la vez, un mundo anónimo y fosco en el que un delincuente sexual puede esconderse y hacerse pasar por otra persona para engañar o embaucar a menores con aparente impunidad.

¹⁹ MASDEU, M. “Familia moderna: ¿cómo son las familias de hoy en día, disponible en <https://www.mibebeyyo.com/mujer-actual/familia/familia-moderna?>”, último acceso 3 de diciembre de 2018.

²⁰ Datos según el Instituto Nacional de Estadística (INE), tabla 6.4, Población que usa Internet (en los últimos tres meses), Tipo de actividades realizadas por Internet, (actualizado a 30 de noviembre de 2018), disponible en <https://www.ine.es/ss/>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

²¹ GÓRRIZ ROYO, E. “On-line child grooming”, en *Derecho penal español, Revista para el análisis del derecho* (InDret), número 3, 2016, págs. 3 y ss., disponible en www.indret.com y en <https://www.researchgate.net/publication/309610005/download>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

²² Dato disponible en la web de Naciones Unidas: “*Asuntos que nos importan, Población*”, cuyo enlace es <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>, , último acceso 4 de diciembre de 2018.

²³ HOOTSUITE “The state of the Internetin Q4 2018”, en *We are social*, 17 de octubre de 2018, disponible en <https://wearesocial.com/>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

Resulta preocupante por lo peligroso y sencillo que resulta, el hecho de que “depredadores sexuales” puedan contactar con menores, entablar conversaciones eróticas con ellos, solicitarles fotografías o videos pornográficos, e incluso ofrecerles o pedirles favores sexuales desde la distancia, protegidos en sus casas y ocultos al resto de la sociedad por medio de un simple ordenador portátil, y acabar la agresión bajando la tapa.

Un reciente estudio elaborado por investigadores del Centro Reina Sofía y de la Fundación Mapfre²⁴, realizado a más de 1.400 adolescentes españoles de entre 14 y 24 años, deja patente la inconsciencia de los jóvenes en cuanto a los peligros de la Red, evacuando que, son tan dependientes de las redes sociales que no perciben riesgo alguno en su uso y que, incluso, se privan de horas de sueño, detraen horas de estudio, limitan su tiempo de ocio o pierden amistades, con tal de “estar conectados”.

Se puede comprobar en el siguiente gráfico que, en 2018, un 20,7% de los jóvenes manifestaba una dependencia “muy excesiva” a Internet, siendo un 49,6% los que la tenían “excesiva”, lo que indica que, en 2018, el incremento de los jóvenes “enganchados” a la Web se ha sido de un 5,1% respecto al año 2015.

Gráfico 3: Dependencia de los jóvenes a Internet y a las redes sociales, años 2015-2018

		Muy excesiva	Excesiva	Normal	Escasa	Muy escasa	Nada
2018	Internet	20,7	49,6	26,6	2,1	0,6	0,4
	Redes sociales	16,9	34,6	33	8,3	6,4	0,9
2015	Internet	11,5	53,7	33	1,6	-	0,2
	Redes sociales	13,8	38,1	39,6	6,8	1,2	0,4

Fuente: Estudio Fundación Mapfre y Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud de la FAD de 2018

Según un informe de *Save the Children*²⁵ (realizado sobre los datos obtenidos en una encuesta realizada en Institutos públicos y privados toda España, a 21.487 estudiantes de ESO, de entre 12 y 16 años), un 6,9% de los menores se considera víctima del ciberacoso, lo que implica que, extrapolando dicho porcentaje al conjunto de la población, el número de víctimas sería de 82.000 menores.

²⁴MEGÍAS QUIRÓS, I. y RODRIGUEZ SAN JULIÁN, E. “Jóvenes en el mundo virtual: usos, prácticas y riesgos”, en *Estudio de la Fundación Mapfre y Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud de la FAD*, Cyan Proyectos Editoriales, Madrid, 2018, págs. 151 a 165.

²⁵SASTRE, A. (Coordinadora), CALMAESTRA, J., ESCORIAL, A. y otros, “Bullying y ciberbullying en la infancia”, en J. Calmaestra, *Bullying, Ciberbullying y factores asociados*, Save the Children España y Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, febrero 2016, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/yo_a_eso_no_juego.pdf, último acceso 16 de enero de 2019.

Además, el 36,3% ha sido insultado por internet o mediante el teléfono móvil, el 18,2% ha recibido amenazas y al 7,6% le han suplantado la identidad. El 8,3% de las chicas y el 5,3% de los chicos han sido víctima de este hostigamiento, un 4,2% debido a su condición sexual y un 5,1% debido a su color, cultura o religión. En la cara opuesta, tan sólo un 3,3% reconoce haber ciberacosado a alguien, lo que no obstante supondría que cerca de 39.000 alumnos, de los cuales el 53,8% serían chicos y el 46,2% chicas, se reconocen como ciberacosadores.

Pero este problema en absoluto es endémico, al contrario, afecta a todos los menores dentro y fuera de nuestras fronteras pues, como hemos visto, Internet no conoce de límites.

Al otro lado del atlántico, los autores de la tesis *“Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behaviour Among Youth”* de *The Journal of American Medical Association (JAMA)*, tras analizar 39 estudios en los que se preguntó sobre esta cuestión a más de 110.000 menores de 18 años, residentes en su mayoría en EEUU y EU, llegaron a la siguiente conclusión: *“1 de cada 4 menores ha recibido un mensaje de texto o una imagen de contenido sexual explícito y 1 de cada 7 ha enviado un mensaje de este tipo”*²⁶. Así, la *“Sociedad de la Información”*, plagada de bondades, conocimientos y beneficios, ha resultado ser también una *“Sociedad del Riesgo”*²⁷, una sociedad tecnológica y globalizada en la que han surgido nuevos peligros y formas de delinquir.

A continuación, se abordará la normativa protectora de los menores, tanto a nivel internacional como al europeo, frente a los delitos sexuales y, en particular los cometidos en el marco digital, y su recepción en los ordenamientos nacionales.

²⁶MADIGAN, S., RASH, C., y VAN OUTSEL, J. “Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behaviour Among Youth a Systematic Review and Meta-analysis” en *JAMA Paediatrics*, núm. 172, 2018, disponible en <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2674955?resultClick=1>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

²⁷MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 21.

II. MARCO NORMATIVO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES ANTE DELITOS SEXUALES INFORMÁTICOS

1. Ámbito internacional

La acuciante necesidad de adoptar medidas globales capaces de frenar los nuevos delitos digitales y de proteger a los menores, ha propiciado la adopción de varios acuerdos internacionales. El más importante de ellos surgió de la cumbre de la Asamblea General de la ONU del día 20 de noviembre de 1989, la Convención de los Derechos del Niño.

A. Convención de los Derechos del Niño

Dicho año, 1989, marcó el momento en el que la sociedad internacional tomó razón de que era preciso amparar a los menores frente a los abusos que históricamente habían venido sufriendo y de la obligación moral de tratarlos de forma que se preservasen ciertos derechos que se entendió que la infancia debía tener, derecho a crecer, a ser feliz, a aprender, a jugar, a tener una familia y, sobre todo, a su protección...

Con la **Convención de los Derechos del Niño**²⁸, se adoptaron (y se han venido ratificando por la práctica totalidad de los Estados del mundo)²⁹, múltiples instrumentos de apoyo y protección de la infancia, tendentes a garantizar la integridad y la indemnidad sexual de los más vulnerables.

Alguno de estos instrumentos son el Protocolo *relativo a la venta de niños y la prostitución infantil*³⁰, el Protocolo *relativo a la participación de los niños en conflictos armados*³¹ y el Protocolo *relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño*³².

²⁸ Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, disponible en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, último acceso 03 de enero de 2019.

²⁹ EE.UU. y Sudán del Sur son los únicos países que no han ratificado el Convenio de los Derechos del niño.

³⁰ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor 18 de enero de 2002, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opscrc.aspx>, último acceso 03 de enero de 2019.

³¹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor 12 de febrero de 2002 disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opacrc.aspx>, último acceso 03 de enero de 2019.

³² Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>, último acceso 03 de enero de 2019.

Este tratado internacional manifiesta que los niños y las niñas tienen los mismos derechos que los adultos, amén de otros, que por su especial condición de seres humanos que no han alcanzado su pleno desarrollo físico y mental, requieren de especial protección. Es, además, la primera convención internacional que unifica en un mismo texto derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, lo cual significa que los países firmantes se obligan a cumplirlos e implantarlos.

Los derechos que recoge la Convención son *indivisibles* (es decir, no se han relacionado por orden de jerarquía), son *interdependientes* (porque todos los derechos que propugna se encuentran íntimamente vinculados) y son *universales* (oponibles por todos los niños y niñas del mundo con independencia de su origen, etnia, religión...).

España firmó su instrumento de ratificación el día 30 de noviembre de 1990.

B. Convenio de Budapest: Ciberdelincuencia

En el ámbito regional europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa marcó sus directrices en la protección sexual de los menores, en la Resolución 1099 de 25 de septiembre de 1996, fruto de la acción común del Consejo de Europa³³, que quedó definitivamente adoptada el 29 de noviembre de 1996.

Dicha resolución desarrolló el artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, potenciando y cohesionando la lucha “*contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños*”³⁴, consiguiendo unificar los criterios para su perseguibilidad dentro del territorio de la Unión y sirvió de base para las directrices que posteriormente se aplicarían en las estrategias nacionales para la protección de los niños contra la violencia.

³³ Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0154&from=ES>, último acceso 03 de enero de 2019.

³⁴ El Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de 2001 y su protocolo adicional de 2003, califican los delitos telemáticos en cuatro grupos relacionados con la propiedad, la confidencialidad, la falsificación y la pornografía y define unos tipos penales, 1) Delitos relacionados con infracciones de propiedad intelectual y afines: Falsificación de marca, modelo, patente o diseño, sustracción de material objeto de protección intelectual o industrial, 2) Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos: Acceso ilícito a sistemas informáticos, interceptación ilícita de datos informáticos, interferencia en el funcionamiento de un sistema informático y abuso de dispositivos que faciliten su comisión, 3) Delitos informáticos: Falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos y fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, o la interferencia en dichos sistemas y 4) Delitos relacionados con el contenido: Producción, oferta, transmisión, adquisición o tenencia en sistemas o soportes informáticos, de contenidos de pornografía infantil y actos de racismo y xenofobia cometidos a través de sistemas informáticos.

Asimismo, fue el germen de la actuación más importante del Consejo en materia de delitos en la Red, el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia³⁵, de 23 de noviembre de 2001, conocido como “Convenio de Budapest”.

Con dicho Convenio se pretendió por primera vez hacer un frente común contra los delitos informáticos y contra los delitos perpetrados por medio de Internet. Para ello se trataron de armonizar las leyes nacionales de los distintos Estados y se persiguió mejorar las técnicas de investigación y la cooperación internacionales. En definitiva, aportó nuevos instrumentos para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual infantil en el mundo digital.

El Convenio de Budapest, que fue firmado por 54 Estados, ratificado por 42 y sus premisas han sido adoptadas por otros 17 Estados no firmantes.

Agrupar los delitos³⁶ en tres grupos según el ámbito o esfera afecta³⁷:

- 1) Ámbito de la Intimidad³⁸: Publicación de imágenes de contenido sexual, de la vida cotidiana, de agresiones físicas o agresiones o abusos sexuales, tanto en adultos como en menores, de vejaciones o de terceros con objeto de burla o cualquier otra difusión de unas imágenes que habrían de permanecer dentro de la esfera privada. En este apartado se incardinarían las conductas sexuales contra menores, en particular, el *child grooming*, y como un subtipo del mismo, el embaucamiento.
- 2) Ámbito de la Seguridad Informática³⁹: Acceso a datos informáticos vulnerando las medidas de seguridad, el acceso a datos cuando ha sido retirada la autorización, la propagación de virus informáticos o ataques “*soft*” a sistemas de seguridad.

³⁵ Convenio sobre la ciberdelincuencia, Consejo de Europa, Budapest, 23 de noviembre de 2001, disponible en https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf, último acceso 4 de diciembre de 2018.

³⁶ Es de rigor comentar la obra de AVILÉS GÓMEZ, M. *Delitos y delincuentes*, ob. cit., a lo largo de la cual se expone y analiza un gran elenco de delitos informáticos y de formas de actuación de los ciberdelincuentes.

³⁷ MOYA FUENTES, M.M. *Hacking, phishing, sniffing y otros ilícitos en la red*, 7 de junio de 2011, disponible en <https://web.ua.es/es/contratos-id/documentos/itipupdate2011/moya.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

³⁸ *Child-Grooming*: Actividad consistente en hacerse amigo de un menor a través de Internet, suplantando o creando una identidad, para mantener relaciones sexuales con él o para hacerle participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase dicho material. *Child-Sexting*: Actividad de consiste en convencer a un menor, a través de Internet, para que comparta contenidos íntimos. *Stalking*: Acoso telemático. *Hoaxes*: Hostigamiento, amenaza o humillación en redes sociales. *Flaming*: Actividad consistente en enviar mensajes para provocar indignación

³⁹ *Hacking*: Actividad que consiste en romper la seguridad de un sistema informático para acceder a la información que contiene y hacerse con sus datos sensibles, por norma general, con fines lucrativos o con ánimos espurios. *Sniffing*: Actividad que consiste en escuchar y capturar toda la información que circula por una red, almacenarla y posteriormente interpretarla para descubrir datos sensibles. *Crawler*: Introducción de programas que capturan direcciones email y las convierten en objetivo de publicidad.

- 3) Ámbito de lo Patrimonial⁴⁰: Conductas que producen un perjuicio económico, como los sabotajes informáticos, borrado, alteración o deterioro de datos, el hacer inaccesibles ficheros de datos, inutilizar un sistema informático, los fraudes o la realización de transferencias no autorizadas y la propagación de virus informáticos o ataques “hard” a sistemas de seguridad.

C. Convenio de Lanzarote: Protección específica del menor

Posteriormente, con el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual⁴¹, de 27 de octubre de 2007, también conocido como “Convenio de Lanzarote”, se continuó con la senda de la prevención y se reimpulsó la lucha contra la explotación y el abuso sexual infantil.

El Convenio de Lanzarote se convirtió en el tratado más importante para la salvaguardia de la infancia pues, además de reimpulsar la protección de los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual, y de promover la cooperación nacional e internacional contra dicha degradación e infamia, introdujo la protección frente a, los cada vez más incipientes, ataques tecnológicos o digitales.

Introduce su art. 3 la definición de niño, indicando que lo es cualquier persona menor de 18 años de edad, y establece en el art. 23 una obligación a asumir por todos los Estados firmantes: Castigar cualquier propuesta realizada por medio de Internet, del teléfono o cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación, que realice un adulto a un menor, con la intención de agredirle o abusar de él sexualmente o de utilizarlo para producir pornografía infantil, si tras dicha proposición se intenta un encuentro físico⁴². Y precisa que por menor se entiende a quien no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual (edad que queda en manos del legislador de cada Estado) y que la elección de las medidas necesarias para prevenir las formas de explotación y abuso sexual de los niños y su protección, también han de ser definidas individualmente por los países firmantes.

⁴⁰*Phishing*: Actividad que consiste en engañar a otra persona, a través de Internet o email, para que brinde información que le permita hacerse con sus datos sensibles y acceder a sus cuentas bancarias. *Phreaking*: Introducción de programas que identifican, mediante llamadas telefónicas, módems conectados a Internet y que utiliza dichos módems para establecer conexiones sin sufragar los costes. *Carding*: O clonado y utilización de tarjetas de crédito ajenas

⁴¹Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Lanzarote, firmado el 27 de octubre de 2007, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17392>, último acceso 4 de diciembre de 2018.

⁴² TAMARIT SUMALLA, J.M. “Artículo 183 bis”, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats y otros *Comentarios al Código Penal*, 7ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 1390 y ss.

2. Plano comunitario

Desde las instituciones de la Unión se han venido dictando normas para orientar y adaptar las legislaciones de los Estados miembros a la protección de los menores, de su infancia y de su indemnidad sexual, así como para cohesionar las actuaciones judiciales y orientar las intervenciones policiales en el territorio de la Unión, destacando, por su calado normativo y por las novedades introducidas, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

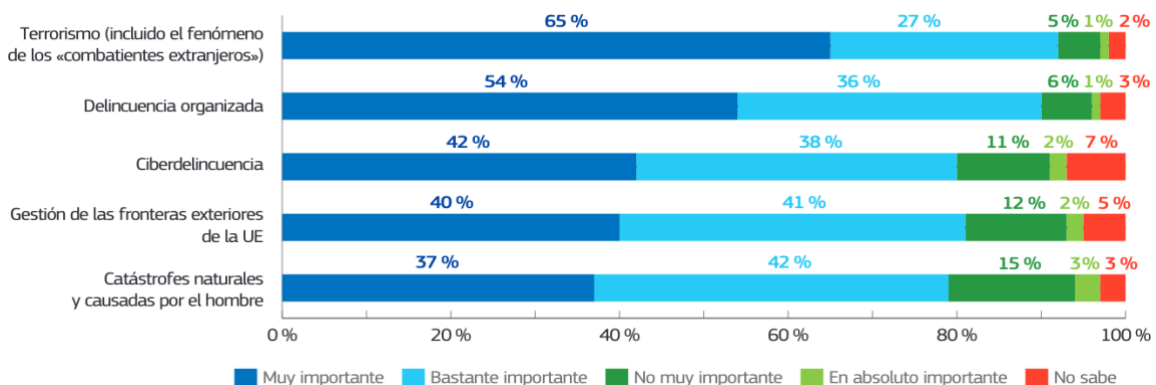
Continuando con la senda de convergencia de los derechos nacionales de los países de la Unión, se estableció por la Comisión europea, en el año 2015, y como una de las “*Diez prioridades para Europa*”⁴³, la protección de sus ciudadanos en la Red.

Así, al albor de diversos tratados internacionales, como los antedichos Convenios de Lanzarote y de Budapest, se procuró la creación de un espacio de justicia y de derecho, basado en la confianza mutua, donde preservar los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, equidad, Estado de derecho y los derechos humanos.

Y es que, debido al crecimiento exponencial de la ciberdelincuencia, la seguridad en la Red se había convertido en una de las cuestiones que más preocupaba a los ciudadanos europeos, situándose en el tercer lugar de la encuesta del Eurobarómetro de ese mismo año⁴⁴, por delante de la gestión de las fronteras exteriores o de las catástrofes naturales.

Gráfico 4: Encuesta de opinión pública del Eurobarómetro de marzo de 2015

“¿Qué grado de importancia tienen los siguientes desafíos para la seguridad interior de la UE?”



Fuente: Comisión Europea, «Las Diez prioridades para Europa», Bruselas, 2015, Oficina de publicaciones de la Unión Europea

⁴³ Las diez prioridades de la Comisión Europea, disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/53f2ea1d-8cf6-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.0015.04/DOC_3, último acceso 4 de diciembre de 2018.

⁴⁴ Ibídem, pág. 10, gráfico de la encuesta del Eurobarómetro.

A. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo⁴⁵, de 22 de diciembre de 2003.

Dicha Decisión promovió precisamente el acercamiento de las posturas de los Estados miembros, en cuanto a las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, y tenía la pretensión de combatir la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

La Decisión establece un marco normativo común para todos los países de la Unión en materia de tipificación de las conductas punibles, de las sanciones a imponer y de las circunstancias agravantes a valorar, e implanta unas normas básicas para la asistencia a las víctimas, además de delimitar ciertas competencias.

A partir de su promulgación, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil quedan perfectamente definidas⁴⁶:

- Obligar a un niño a prostituirse, explotarlo, lucrarse con su explotación o prostitución o practicar sexo con él mediando fuerza, coacciones o amenazas, u ofreciendo dinero a cambio de sexo o abusando de una situación de confianza, autoridad o influencia, pasan a ser conductas que han de ser consideradas explotación sexual de menores por todos los países de la Unión Europea.
- Producir material pornográfico en el que participen menores, su distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, facilitación, adquisición y su posesión y se tendrán en cuenta como circunstancias agravantes, cumulativas a las que puedan tener ya establecidos los Estados, considerándose pornografía infantil.

⁴⁵ Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133138>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

⁴⁶ La Decisión precisa, asimismo, ciertas circunstancias que han de tomarse en consideración para graduar las penas a imponer: a) El hecho de que el menor no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, según la legislación de cada estado miembro, b) La puesta en peligro de la vida del menor, ya sea de forma deliberada o por imprudencia grave, c) El empleo de violencia grave contra el niño que le cause un daño grave y d) Que la infracción se haya cometido en el seno de una organización delictiva.

B. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁷, de 13 de diciembre de 2011.

La presente Directiva sirvió para unificar en toda la Unión Europea, las infracciones penales sobre abusos sexuales, explotación sexual y pornografía de menores.

Estableció un elenco de sanciones mínimas a imponer a sus autores, haciendo posible la inhabilitación para el ejercicio de actividades profesionales que implicasen un contacto directo y regular con menores, a toda persona condenada por alguna de las infracciones que enumera, otorgó a los empresarios la facultad de solicitar los antecedentes penales de las personas que contrate (sobre los delitos sexuales sobre menores), e impuso la obligación de intercambiar la información de dichos delincuentes con otros Estados. Previó y desarrolló disposiciones legales para poder luchar contra el turismo sexual infantil y contra la pornografía infantil a través de Internet y, amplió y completó el elenco de delitos previstos en la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, agrupándolos en cuatro categorías, abuso sexual infantil, explotación sexual infantil, pornografía infantil y embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de Internet⁴⁸.

La mayoría de los Estados de la Unión cuentan en la actualidad con normas legislativas de trasposición de dicha Directiva y de punición del embaucamiento de menores, con fines sexuales, por medio de Internet o de nuevas tecnologías⁴⁹.

Veamos como se han incorporado estas directrices internacionales y europeas en materia de delitos sexuales digitales en las normativas nacionales de otros países de nuestro entorno jurídico.

⁴⁷Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de fecha 22 de diciembre de 2003, disponible en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/publication/d20901a4-66cd-439e-b15efaeb92811424/language-es>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

⁴⁸Delito de Abuso sexual infantil, consistiría en realizar actos de carácter sexual con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, u obligarle a participar en dichos actos con un tercero. Delito de Explotación sexual infantil, supondría coaccionar a un menor para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos. Delito de Pornografía infantil, si lo que se hace es poseer, acceder a, distribuir, proporcionar o producir pornografía infantil. Delito de Embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de Internet, que sería la conducta de proponer, por medio de Internet o de nuevas tecnologías, un encuentro con un menor de edad con fines sexuales, o incitarle a proporcionar material pornográfico propio o de un tercero, o que lo represente.

⁴⁹ Si bien, la información no es concluyente en los casos de Bélgica, Chipre, Letonia y Polonia, según se indica en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo por el que se evalúa en qué medida los Estados miembros han tomado las medidas necesarias para cumplir la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/COM-2016-871-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>, último acceso 12 de enero de 2019.

3. Derecho comparado

En los sistemas jurídicos de nuestro entorno geográfico y cultural, se observa que tanto el denominado Derecho Continental (Europa continental y áreas sudamericana y norasiática), como en la *Common Law* (países de influencia anglosajona), cuyas libertades civiles son notorias y su progreso evidente, han recogido e incorporado a sus códigos penales las reclamaciones internacionales de punición de dichas conductas.

La protección de los menores frente a los peligros de internet, y en especial, contra su embaucamiento para que facilite o muestre imágenes o material pornográfico, es un comportamiento que en la mayoría de los países del mundo se encuentra castigado en mayor o menor medida, mediante leyes penales o mediante normas administrativas, yendo sus consecuencias desde penas de prisión a penas de multa. En cambio, países cuya legislación penal se basa en la *Shari'a* (Magreb y oriente medio), mucho más religiosos y conservadores, no han sido tan receptivos (salvo casos puntuales).

A. Derecho continental o *Civil Law*

Así, a título de ejemplo, y dentro del espacio de la Unión Europea, podemos observar que el *Codice Penale*⁵⁰ italiano, castiga en su artículo 600 ter (*Pornografia minorile*), a quien, utilizando a un menor de dieciocho años, realice exhibiciones o espectáculos pornográficos o produzca material de tal naturaleza, los reclute para dicho fin o comercialice con dicho material, con la pena de prisión de 6 a 12 años y multa de 24.000 a 240.000 euros. A quien lo distribuya o divulga con penas de prisión de 1 a 5 años y multa de 2.582 a 51.645 euros y en el art. 600 quater (*Detenzione di materiale pornografico*). Y a quien, a sabiendas, adquiera o disponga de material pornográfico producido a través de la explotación sexual de menores de dieciocho años, con la pena de prisión de hasta 3 años o con multa de no menos de 1.549 euros.

Por su parte, el *Code Pénal*⁵¹ francés, artículo 227-22-1 (*De la mise en péril des mineurs*), sanciona al que realice propuestas sexuales a un menor de quince años (incluidas aquellas llevadas a cabo por un medio de comunicación electrónica) con 2 años de prisión

⁵⁰*Codice Penale* italiano, disponible en <http://www.ipsoa.it/codici/cp>, último acceso 03 de enero de 2019.

⁵¹*Code Pénal* francés, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20190104>, último acceso 04 de enero de 2019.

y una multa de 30.000 euros, aumentando hasta los 5 años y 75.000 euros estas penas respectivamente, cuando la propuesta fuese seguida de un encuentro.

Fuera del ámbito europeo, el Código Penal Federal⁵² de México, arts. 260 bis y ter, establece penas de prisión de 6 a 12 años y multa de hasta 41.519 pesos al adulto que contacte con menores, vía Internet, y lo incite a proporcionarle material pornográfico.

Por otro lado, el artículo 366 quater del Código Penal⁵³ de Chile pena al que, sin realizar una acción sexual, y para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo (2 años y 3 meses a 3 años). Si para el mismo fin, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).

En su caso, el Código Penal⁵⁴ de Argentina sanciona con pena de prisión de 6 meses a 4 años al que por medio de comunicaciones electrónicas o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contacte con un menor de edad para cometer cualquier delito contra su integridad sexual (art. 131).

B. Derecho anglosajón o *Common Law*

La *Sexual offences Act 2003*⁵⁵, de Reino Unido, sección 15^a, castiga al adulto que, habiendo mantenido contacto, al menos en 2 ocasiones precedentes, con un menor de dieciséis años y con la intención de llevar a cabo un delito sexual, se encuentre, o viaje con la intención de encontrarse con él, a penas de prisión de 6 meses y 1 día a 10 años.

La *Sexual offences Act 2009*⁵⁶, de Escocia, sección 6^a, castiga a quien habiéndose encontrado, o habiendo contactado con un menor de dieciséis años al menos en una ocasión

⁵² Código Penal federal de México, disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/codigo-penal-federal>, último acceso 5 de diciembre de 2018.

⁵³ Código Penal Chileno, disponible en http://leyes-cl.com/codigo_penal.htm, último acceso 16 de enero de 2019.

⁵⁴ Código Penal de la Nación Argentina, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>, último acceso 5 de diciembre de 2018.

⁵⁵ *Sexual Offences Act 2003 (United Kingdom)*, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/15>, último acceso 5 de diciembre de 2018.

⁵⁶ *Sexual Offences Act 2009 (Scotland)*, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9>, último acceso 5 de diciembre de 2018.

precedente, y con vistas a tener relaciones sexuales ilícitas, sea con dicho menor o en presencia de éste, tiene de nuevo un encuentro con él, viaja a fin de tenerlo o hace gestiones para que dicho encuentro se produzca, con penas de 1 año y 1 día a 10 años de prisión.

Y el *Criminal Code*⁵⁷, de Canadá, art. 172.1, castiga al que, a través de un sistema informático se comuniquen con un menor de catorce, dieciséis o dieciocho años (o que lo aparente), para cometer delitos sexuales, con prisión de hasta 2 años.

C. Derecho islámico o *Shari'a Law*

La *Shari'a*, que es la Ley penal que se aplica en los países islámicos del norte de África (*Magreb*), área subsahariana, oriente medio y del sudeste asiático, surge del Corán y de la *Sunna*, y se aplica por el Magistrado (*Cadí*) siguiendo las directrices de Mahoma, según su juicio y de acuerdo a la utilidad y el sentido de cada momento (*Fiqh*).

Dicha forma de aplicación, sin un código penal, un compendio legislativo o unas normas tasadas, sino basado en las posibles interpretaciones personales de sus escrituras sagradas⁵⁸ de los *Cadíes*, hace que resulte difícil establecer una relación entre el delito y la pena, tal y como la conocemos en nuestro ámbito socio-cultural.

Se pueden encontrar en el islam⁵⁹ ciertas premisas que, según sus seguidores, sirven para “proteger” la inocencia de los menores⁶⁰, como el derecho de los niños al buen trato y a la compasión (*Corán* 5:8), la prohibición de la masturbación (*Corán* 23:5-6), la obligación de los niños de llamar 3 veces a la puerta antes de entrar en la habitación de sus padres para no presenciar actos sexuales (*Corán* 24:58), o la prohibición del sexo prematrimonial (*Corán* 17:32).

⁵⁷ *Criminal Code* de Canadá, disponible en <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-172.html>, último acceso 5 de diciembre de 2018.

⁵⁸ El estudio de la religión/ley islámica se divide en dos grandes grupos o ramas, la *Sunni* y la *Chii*, ambas con interpretaciones (*fiqh*) propias de la *Shari'a*. Por número de fieles podemos encontrar, dentro de la rama *Sunni*, el *fiqh shafi'i*, del *faqih* (jurista) Mohámmad ibn Idris al-Yafí, que se extiende por Somalia e Indonesia, el *fiqh hanafí*, del *faqih* Abu Hanifa Numán ibn Tabit, mayoritaria en Turquía, Siria, Egipto, Afganistán y Pakistán, el *fiqh hanbalí*, del *faqih* Ahmad ibn Hanbal, de Arabia y el *fiqh malikí*, del *faqih* Malik ibn Anas, en Marruecos, Argelia, Libia, Sudán y Mauritania. Les siguen, las *Chiíes*, *fiqh jafari*, del *faqih* Ja'far al-Sadiq, imperante en Irak, *fiqh ismaili*, del *faqih* Isma'il ibn Jafar, predominante en el norte de Pakistán y en la India y *fiqh zaidi*, del *faqih* Zayd ibn Alí, del Yemen. Siendo minoritarias, una tercera rama en Omán, el *Jariyismo*, que sigue la interpretación *fiqh ibadi* del *faqih* Abdu I-Lán ibn Ibád, y una cuarta, el Sufismo, con un seguimiento reducido y disperso en zonas de Egipto y Cáucaso, y fraccionado en *tariqāt* (hermandades).

⁵⁹ Corán traducido al castellano, disponible en <http://www.nurelislam.com/El-Sagrado-Corán-En-Línea>, último acceso 22 de diciembre de 2018.

⁶⁰ Mahoma (52 años) escribió el contrato de su matrimonio (*Nikah*) con Aisha cuando ella tenía 6 años de edad, y lo consumó cuando ella tuvo 9 años (*Hadices* de Al-Bujari, volumen 7, folio 65).

No obstante, la última palabra en la protección de los menores la ostenta el *Cadí*, pues según el Corán, “*Cuando Dios y Su Enviado han decidido un asunto, ni el creyente ni la creyente tienen ya opción en ese asunto. Quien desobedece a Dios y a Su Enviado está evidentemente extraviado (Corán 33:36)*”.

Sin embargo, ciertos países más “*democratizados*” y más cercanos al sentir de las sociedades occidentales, sí que han incorporado leyes que, sin atentar contra los preceptos del Corán, tratan de regular de forma más explícita conductas como el acoso o el embaucamiento con fines sexuales.

Ejemplo de ello es el reino Alauita de Marruecos, que ha introducido en su Código Penal⁶¹ (art. 503-2) la punición de cualquier persona que provoque, incite o facilite la explotación de niños menores de 18 años en la pornografía, por cualquier representación o por cualquier medio, de un acto sexual real, simulado o percibido o de cualquier representación de los órganos sexuales de un niño para los propósitos de una naturaleza sexual, aún su tentativa, con prisión de 1 a 5 años y multa de 10.000 a 1 millón de *dírham*s. Sanciona con la misma pena a quien produzca, difunda, publique, importe, exporte, exponga, venda o posea material pornográfico similar, y la duplica cuando el autor sea ascendiente del niño o responsable de su protección o tenga autoridad sobre él.

Se procede seguidamente a examinar la tipificación de los delitos sexuales en el ámbito digital y, principalmente, el delito de embaucamiento en nuestro Ordenamiento jurídico, a la luz de la normativa internacional y europea.

⁶¹ *Code pénal marocain*, disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/text/190447>, último acceso 16 de enero de 2019.

III. EL DELITO DE EMBAUCAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ART. 183 TER.2 CP.

El legislador patrio no se ha rezagado en la protección de los menores con respecto a los peligros de Internet. En la actualidad, el artículo 183 ter.2 CP recoge el delito del embaucamiento de menores, con fines sexuales, por medio de Internet, el teléfono o las nuevas tecnologías, como parte del Capítulo II Bis que sanciona los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Pero no sería justo entrar al detalle del estado actual de nuestra regulación penal en la sanción de estos ilícitos (máxime si lo comparamos con otros países europeos), sin hacer un breve repaso por lo avanzado en el último medio siglo en materia de delitos sexuales, pues el punto de partida no ha sido el mismo.

Pese a que la pasada centuria fue convulsa y violenta sobremanera a nivel global ya que el mundo vivió la peor época de conflictos bélicos, falleciendo cerca de 100 millones de personas entre las dos Guerras Mundiales (90% civiles), la situación de España, en cuanto al avance de los derechos fue peor. En España se padecieron dos dictaduras y una Guerra Civil, la pobreza, el hambre, las represiones de las dictaduras y la postguerra, asolaron el país, y las mujeres y los menores, como eslabones más débiles de la cadena, sufrieron la peor parte, viéndose abocados muchos de ellos a practicar la prostitución como única vía de escape al hambre. Y para más inri, la cristiana moral imperante les obligó a acallararlo para evitar la deshonor y la vergüenza en una sociedad altamente catequizada.

Pero a partir de 1975, con *“una transición democrática sin precedentes tanto a nivel histórico, como sociológico, económico, ideológico y jurídico”*⁶², nos abrimos al mundo con un anhelado e irrefrenable deseo de prosperar y de recuperar el tiempo perdido. Y con gran compromiso y visión de futuro, el nuevo legislador adaptó nuestra normativa para hacerla más congruente con lo que las sociedad nacional e internacional demandaba. Así, tras lo más acuciante de dicho momento, la promulgación de una Constitución que estableciera la igualdad de todos los españoles, se comenzó a trasponer paulatinamente al ordenamiento interno, cuantas disposiciones, directivas, resoluciones o convenios de los diversos organismos internacionales a los que España se fue adhiriendo.

⁶²COTARELO, R. “Visiones de la Transición” en *Revista del centro de estudios constitucionales*, núm. 18, mayo-agosto 1994, págs. 9 a 78, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051417.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

La incorporación del concepto de “*libertad sexual*” como bien jurídico a proteger⁶³ en los delitos sexuales hizo que su número (que era muy elevado en proporción al número de delitos conocidos durante la dictadura, al estar censurada cualquier conducta impúdica, inmoral o deshonesto), comenzase a disminuir, tal y como se aprecia en la siguiente gráfica.

Gráfico 5: Datos del Anuario Estadístico de 1959 a 1994, Resultados nacionales, Justicia y Culto, Justicia, Penal común, Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción⁶⁴

	1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967
Delitos conocidos	26.010	27.438	26.725	26.425	25.047	26.258	32.156	33.369	30.871
Contra la honestidad	1.409	1.829	1.656	1.514	1.345	1.474	1.529	1.521	1.281
	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976
Delitos conocidos	35.850	39.292	43.985	41.552	41.462	47.556	49.850	44.957	23.022
Contra la honestidad	1.314	1.520	1.661	1.558	1.764	1.992	1.820	1.606	1.361
	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985
Delitos conocidos	28.649	41.063	49.735	56.168	72.871	71.888	87.866	79.381	84.340
Contra la honestidad	1.377	1.326	1.326	953	989	987	947	944	982
	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Delitos conocidos	86.202	86.022	76.034	56.994	56.694	80.038	86.553	106.909	109.753
Contra la honestidad	831	835	869	723	723	871	963	1.106	1.057

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE

Los cambios que trajo consigo la adopción de la Carta Magna⁶⁵ supusieron un punto de inflexión en el reconocimiento de derechos y libertades, y permitieron que surgieran asociaciones para la defensa de los menores, como *UNICEF*⁶⁶ o *Save the Children*⁶⁷. Pero no fue hasta 1989 cuando, con la ratificación de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”⁶⁸, de 20 de noviembre de 1989 y con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989⁶⁹, de actualización del Código Penal de 1973, cuando se comenzó a

⁶³MORALES PRATS, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 1269 a 1405.

⁶⁴ Tabla de elaboración propia a partir de los datos obtenidos del Anuario Estadístico del Instituto Nacional de Estadística de la criminalidad de los años 1961 a 1994, referentes a los procesos seguidos en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de Instrucción, disponible en <http://www.ine.es/inebaseweb/>

⁶⁵ Constitución Española de 1978, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

⁶⁶ Web oficial de UNICEF, <https://www.unicef.es>

⁶⁷ Web oficial de *Save the Children*, <https://www.savethechildren.es/>

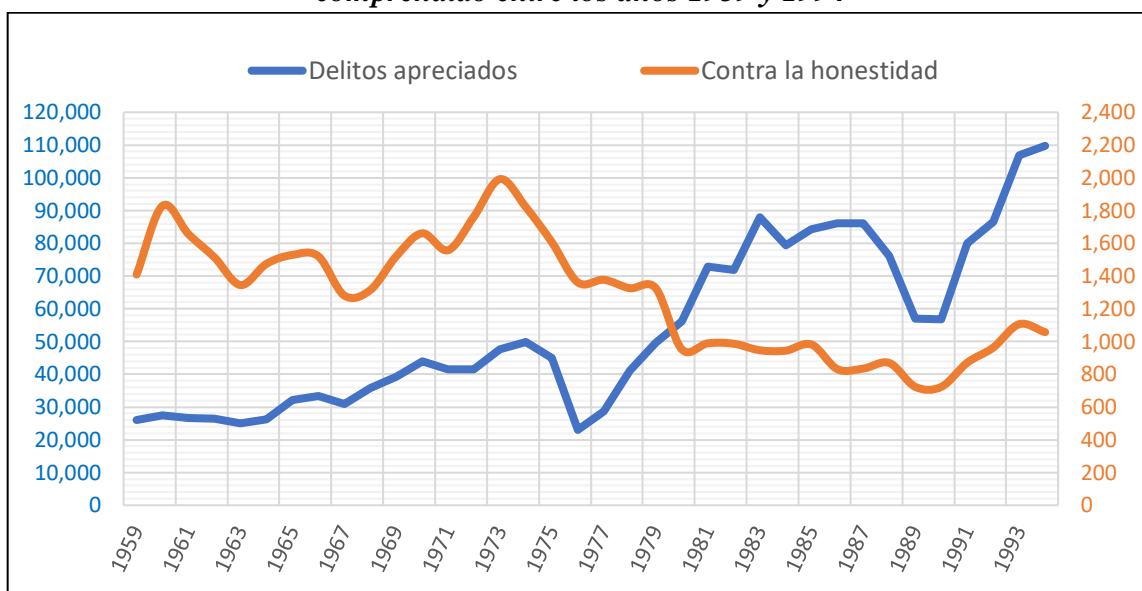
⁶⁸ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>

⁶⁹ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>

denominar a estos delitos como lo que verdaderamente eran: “*Delitos contra la Libertad Sexual*”. Y cuando por fin se comenzó a velar por la salud y la integridad física, mental y sexual de los menores, anteponiéndolas al deshonor que antaño las acallaba.

La adopción de esta nuevo bien jurídico más amplio “*la libertad y la indemnidad sexual*” aceleró el descenso de los delitos sexuales en las primeras décadas preconstitucionales, repuntado en 1991, si bien en un porcentaje menguante respecto del total de delitos. En efecto, la apertura social de España en los años noventa, además de traducirse en un aumento de derechos y libertades, se dejó sentir como un aumento del libertinaje y de la delincuencia.

Gráfico 6: Relación de delitos conocidos / Delitos contra la honestidad en el periodo comprendido entre los años 1959 y 1994



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE

Continuando con la senda de reforma iniciada con la promulgación de nuestra Carta Magna, se introdujo en el Título VIII, del Libro II, del Código Penal⁷⁰, y con el nombre de “*Delitos contra la libertad sexual*”, la punición de todas las conductas de naturaleza sexual que se habrían de considerarse reprobables. La intención del legislador era clara, cambiar el foco de atención, de la moralidad hacia el derecho de la autodeterminación sexual, y de trasladar el bien jurídico protegido, del honor a la autonomía sexual.

Sin embargo, la norma no contenía un capítulo expreso de protección sexual de los menores, ya que dentro del mismo Capítulo II, “*De los abusos sexuales*”, se protegía la

⁷⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=19951124>

libertad sexual de los pequeños, agravando la pena en caso de ejercerse contra los menores de 12 años (pues se consideraba los actos sexuales sobre menores de 12 años eran siempre actos no consentidos) y si se hubiesen ejercido sobre mayores de 12 pero menores de 16, tan sólo si hubiere intervenido engaño.

Las carencias de dicha Ley, respecto de la protección de los menores, se supliría con la promulgación de la LO 1/1996⁷¹, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷².

Años después, con la LO 11/1999⁷³, de 30 de abril, se introdujo un nuevo aspecto “*la indemnidad sexual*”, y pasó a denominar al Título VIII como “*De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Con la necesidad de adaptar la normativa nacional a lo establecido en las directrices europeas⁷⁴, amplió el concepto del bien jurídico protegido, incorporando la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuyo consentimiento, al entenderse adoptado careciendo de la necesaria formación sexual, no debía ser considerado como libre, y por ello, no podía ser considerado válidamente otorgado⁷⁵.

Luego la LO 11/2003⁷⁶, de 29 de septiembre, modificó el art.188 CP pasando a sancionar la determinación, mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad, a ejercer la prostitución o a continuar ejerciéndola cuando su deseo es abandonarla.

⁷¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁷² Con su promulgación hizo que pasaran a formar parte del ordenamiento interno todos los derechos que a los menores se reconocían en los Tratados Internacionales de los que España era parte, especialmente los de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, situó al menor como el bien jurídico superior a proteger, primando su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir y garantizó a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, constituyéndose como referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de sus respectivas legislaciones de protección de los menores.

⁷³ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>

⁷⁴ Concretamente a la Resolución 1099, de 25 de septiembre de 1996, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y a la acción común del Consejo de Europa, adoptada con fecha 29 de noviembre de 1996, en desarrollo del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea y relativa a la lucha contra a trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

⁷⁵ ESCOBAR JIMENEZ, C. Ponencia de la Fiscal de Granada sobre “Los delitos sexuales a menores: Artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quarter”, en *Fiscal.es*, 2016, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?i dFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a, último acceso 3 de enero de 2019.

⁷⁶ Ley Orgánica 11/2003, de 23 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>

Tal conducta se castigaría como un delito de prostitución de personas, tanto al que iniciase, obligase a mantenerse o se lucrara con dicha actividad y, agravó la pena en caso de que quien realizase las conductas fuese autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, e imponía la pena en su mitad superior si la víctima fuese menor de edad o incapaz.

Con ello se pretendió proteger a los menores o incapaces con una agravación cualificada de la pena, pero sin establecer un artículo propio para ellos. Además de lo anterior, y como novedad, estableció que la pena por el delito de proxenetismo se impondría sin perjuicio de las que correspondiesen por las agresiones o abusos sexuales que se hubiesen cometido sobre la persona prostituida.

Dos meses después, la LO 15/2003⁷⁷, de 25 de noviembre, modificó ciertos preceptos para evitar interpretaciones que impedían que ciertas conductas, pudieran quedar impunes y sin castigo, como el delito de pornografía infantil.

Pero las reformas de más hondo calado han sido las introducidas por las dos últimas reformas del texto punitivo que tratan de dar respuesta a la realidad digital en la que vivimos. Piénsese en este sentido, que antes del auge del uso de las redes sociales, la mayoría de los delitos sexuales sobre menores eran cometidos por familiares o por personas del entorno cercano del menor, que se prevalían de la confianza, la amistad, o de una posición de superioridad para acceder a ellos.

Hoy en día la primera vía de acercamiento al menor es Internet, *Facebook*, *YouTube*, *WhatsApp*, *Messenger*, *WeChat*, *Instagram*⁷⁸, o cualquiera de las más de 40 redes sociales que operan a nivel global⁷⁹ son algunas de las plataformas en las cuales los menores son captados por depredadores sexuales.

La facilidad para contactar con las víctimas y el anonimato que les brinda la Red ha llevado a un aumento exponencial de estos ilícitos.

Así, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, tan sólo en el pasado año 2017, se tuvo conocimiento de 285 victimizaciones de embaucamiento de menores, de las cuales únicamente quedaron esclarecidas 147, y por las que 158 fueron niñas menores de edad y 85 niños, sufrieron sus perniciosas consecuencias.

⁷⁷Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

⁷⁸LAMARCA PÉREZ, C. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en C. Lamarca Pérez (coordinadora), A. Alonso de Escamilla y otros, *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 165 a 202.

⁷⁹El ranking de las redes sociales más utilizadas en el mundo durante el año 2018, con expresión del número de usuarios de cada una de ellas se encuentra disponible en <https://www.webempresa20.com/blog/las-30-redes-sociales-mas-utilizadas.html>, último acceso 18 de diciembre de 2018.

Datos aún más preocupantes si acudimos a los ofrecidos por el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior, que recopila las Series Anuales de Criminalidad, obtenemos una visión de la evolución de este tipo delictivo.

Gráfico 7: Tabla correspondiente a hechos conocidos, esclarecidos, detenciones e investigaciones y victimizaciones de los delitos del art. 183 ter del CP⁸⁰

Contacto mediante tecnología con menores de 16 años con fines sexuales										
		Conocidos						Víctimas menores		
		Esclarecidos								
		Detenidos								
		Adultos		Menores		Niños	Niñas			
		Hombre	Mujer	Niño	Niña					
2017	España	285	147	99	70	1	28	0	85	158
	C. Valenciana	31	13	7	6	0	1	0	12	17
	Alicante	13	6	6	5	0	1	0	2	8
2016	España	258	133	77	63	1	13	0	78	145
	C. Valenciana	52	33	11	10	0	1	0	37	22
	Alicante	10	4	5	5	0	0	0	14	6
2105	España	183	77	48	38	3	5	2	39	94
	C. Valenciana	18	10	9	8	1	0	0	6	10
	Alicante	10	4	8	7	1	0	0	3	8
2014	España	111	50	45	40	1	4	0	16	70
	C. Valenciana	16	1	2	2	0	0	0	2	10
	Alicante	3	0	1	1	0	0	0	0	4
2013	España	90	44	28	22	0	6	0	24	52
	C. Valenciana	13	6	4	4	0	0	0	6	8
	Alicante	6	3	3	3	0	0	0	4	4

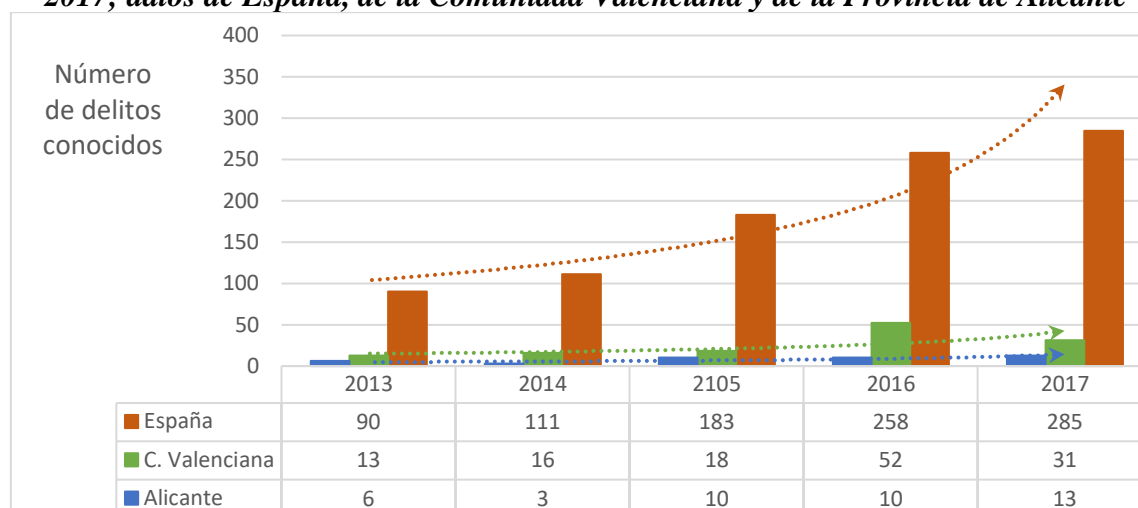
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Portal Estadístico de Criminalidad

Cotejando los datos delictivos de ciberdelincuencia, en el ámbito Nacional, en el de la Comunidad Valenciana y en la Provincia de Alicante, e incidiendo en los indicadores de los Hechos conocidos de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad, los Hechos esclarecidos, las Detenciones e investigados, así como en las Victimizaciones, tras

⁸⁰ Datos obtenidos de las SERIES ANUALES de CRIMINALIDAD por COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS, tablas 1.2 Hechos conocidos de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad por tipo de hecho, 1.4 Hechos esclarecidos de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad por tipo de hecho, 1.6 Detenciones e Investigados de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad desglosado por tipo de hecho y 1.9 Victimizaciones de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad desglosado por tipo de hecho y de las SERIES ANUALES de CIBERCRIMINALIDAD por PROVINCIAS, tablas 2.2 Hechos conocidos de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad por tipo de hecho, 2.4 Hechos esclarecidos de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad por tipo de hecho, 2.6 Detenciones e Investigados de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad desglosado por tipo de hecho y 2.9 Victimizaciones de infracciones penales relacionadas con cibercriminalidad desglosado por tipo de hecho del Portal Estadístico de Criminalidad, en referencia a los Totales Nacionales, a la Comunidad Valenciana y a la Provincia de Alicante, y omitiendo el resto de comunidades y provincias, desde el año 2013 hasta el año 2017, dado que los datos del año 2018 aún no han sido publicados, disponible en <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm>. Se computan datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policía Foral de Navarra y policías locales que proporcionan datos al Sistema Estadístico de Criminalidad. No se incluyen datos de la Ertzaintza ni de los Mossos d'Esquadra.

agruparlos por edades y sexo, se observa a simple vista que existe un importante aumento de ciberdelitos sexuales sobre menores.

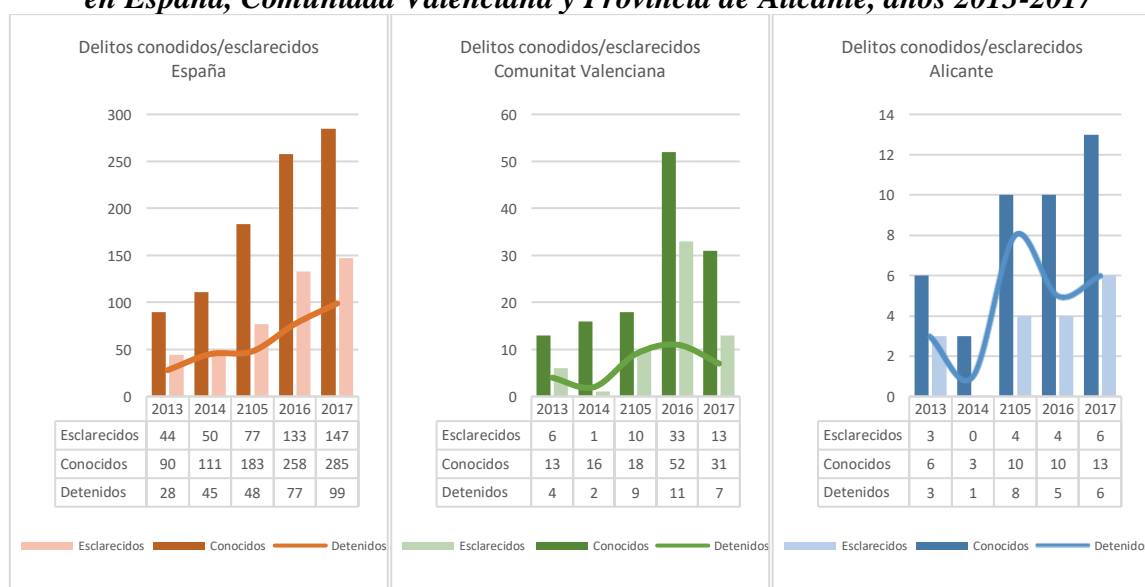
Gráfico 8: Comparativa de la evolución de los delitos del 183-ter CP conocidos, 2013-2017; datos de España, de la Comunidad Valenciana y de la Provincia de Alicante



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Portal Estadístico de Criminalidad

Este incremento, durante el último año del que se han publicado datos, ha sido notable a nivel nacional, algo más moderado en el ámbito de la Comunidad Valenciana y ligero a nivel de la Provincia de Alicante, pero si se observa la línea de tendencia potencial, se confirma que este tipo de delincuencia se incrementa, repitiéndose esta propensión en los datos comparados de delitos conocidos/esclarecidos y autores detenidos.

Gráfico 9: Comparativa de los delitos conocidos y esclarecidos y de los autores detenidos en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Portal Estadístico de Criminalidad

Ante este escenario digital, la LO 5/2010⁸¹, de 22 de junio, incorpora al Código Penal la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 27 de octubre de 2007, e introduce la punición del acceso o comunicación a los menores a través de medios tecnológicos si con ello se pretendía mantener relaciones sexuales con aquéllos (*online child grooming*). Para ello hubo que modificar los artículos 178, 180 y 183 y, añadir el Capítulo II bis que quedó rubricado como “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”.

A mayor abundamiento, esta protección se ofrecía a los menores de trece años porque era la edad en la que se estableció el límite del consentimiento sexual, y se hizo mediante la incorporación al Código penal del artículo 183 bis que prohibía el contacto con un menor de 13 años, por medio de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación con el fin de concertar un encuentro con él para mantener contactos sexuales o, para obtener fotografías pornográficas del mismo, pero sólo si tales contactos eran seguidos de actos materiales encaminados al acercamiento al menor. Mantuvo el nuevo precepto, la punibilidad de los delitos cometidos conjuntamente con el delito de *grooming*, e incorporó un subtipo agravado que incrementa la pena cuando el acercamiento con el menor se logra con coacción, intimidación o engaño.

Sin embargo, como apunta TAMARIT SUMALLA, dicha reforma, que pretendía ser más amplia y extender su protección a todos los menores de edad⁸², no logró su objetivo, pues aparte de no alcanzar a sancionar el contacto virtual con menores que no iba seguido de contacto físico, sólo se alcanzó una solución transaccional limitando el alcance de su protección a los menores de 13 años por entenderse que extenderla a todos los menores podría resultar excesivo al existir ya otros tipos delictivos que les protegían.

Seguidamente, la más reciente de las reformas ha sido la operada por la LO 1/2015⁸³, que entró en vigor el día 1 de julio de 2015, viene a completar la protección descrita. A este respecto, se ha de precisar que su desarrollo fue algo accidentado, pues

⁸¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20100623>

⁸² Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, del 21 de abril de 2010 de la Comisión de Justicia, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_522.PDF, último acceso 3 de diciembre de 2018.

⁸³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20150331>

pese a indicarse en la exposición de motivos (párrafo 9º del Preámbulo XII) que “*la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas*”⁸⁴, el texto que finalmente se aprobó, difirió significativamente dado que, la edad de consentimiento sexual quedó reflejada en el art. 183 ter.2 CP como dieciséis.

Pese a ello, el proyecto de Ley superó todo el trámite parlamentario sin que aparentemente nadie cayese en la cuenta, lo cual, como indica QUINTERO OLIVARES, “*nos dice mucho acerca de la celeridad que se ha imprimido al procedimiento y del escaso nivel de atención que ha prestado nuestro actual legislador durante su curso*”⁸⁵.

Así, la LO 1/2015 elevó la edad de protección de los menores de 13 a 16 años y penó, en un artículo propio, los contactos con menores de 16 años encaminados a obtener imágenes o material pornográfico cuya pretensión posterior no fuese un contacto físico, el denominado *online child sexting*. Modificó el art. 183 bis, para configurarlo como la determinación o convencimiento a un menor de 16 años para que participe en actos de naturaleza sexual o los presencie, trasladó la punición del *online child grooming* al art. 183 ter.1 CP, y modificó los arts. 182, 187, 189 y 192 para cohesionarlos con el resto del Capítulo. Y por fin, se adaptó nuestra legislación a los compromisos internacionales y se traspuso la Directiva 2011/93/UE⁸⁶ reforzando la protección de los menores frente a los ciberataques contra su libertad e indemnidad sexuales.

Procederé ahora a exponer las líneas generales del tratamiento normativo del delito de embaucamiento del art. 183 ter.2 CP, para seguidamente, abordar su tratamiento jurisprudencial.

⁸⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, Párrafo 9º del Preámbulo XII, en vigor desde el 01 de julio de 2018, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 441 a 446.

⁸⁶ La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil), sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo Europeo.

El bien jurídico protegido en el delito de embaucamiento de menores, con fines sexuales, por medio de Internet, del teléfono o de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación del conocido “*online child sexting*” del art. 183 ter.2 CP, es, para la mayoría de la doctrina⁸⁷, la indemnidad sexual, y con ella, el bienestar psíquico del menor. Si bien, un sector doctrinal⁸⁸ considera que se trata de un delito pluriofensivo, ya que se ven afectados, de una parte, la indicada indemnidad sexual, y de otra, y colectivamente, la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC y otros autores⁸⁹, que lo es el derecho a la dignidad o la integridad moral del menor.

En el resto de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años que se sancionan en el Capítulo II bis, del Título VIII del Código Penal, es más pacífico observar que el bien jurídico protegido es doble⁹⁰.

Por una parte, la libertad sexual, que se encuentra protegida en sus dos vertientes, la dinámica o “*la facultad de mantener una relación sexual voluntaria*”, y la estática o “*la libertad o derecho a no soportar actos sexuales no consentidos*”⁹¹, y por otra, la indemnidad sexual (intangibilidad sexual, según GÓMEZ TOMILLO), que es “*el desarrollo de la personalidad del menor o de su libertad sexual futura, que puede verse truncada por un ataque sexual en fases tempranas de su crecimiento como persona*”⁹².

⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., “artículo 183 bis” ob. cit., pág. 1390 y ss., GÓMEZ TOMILLO, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 727 a 727, M., BOIX REIG, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4): Acoso Sexual”, en de J. Boix Reig, N. García Rivas, P. Lloria García y otros *Derecho Penal. Parte especial*, IUSTEL, Madrid, 2016, pág. 403, RAMOS VAZQUEZ, J.A., ob. cit., pág. 59 y 60, MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 191 y ss., y ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en T. Vives Antón (coordinador), E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 230, entre otros.

⁸⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, págs. 207 a 258 y GUNDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, n.º 842, 2012, págs. 1 a 3.

⁸⁹ CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 102, Disposición Final Segunda)”, en J. Álvarez García y J.L. González Cussac, *Comentarios a la reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 225 y ss., VALVERDE MEGÍAS, R., “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art.183 bis CP Estudio crítico y sistemático”, en *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66., pág. 13 a 24 y DOLZ LAGO, M.J., “Child grooming y sexting: Anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015” en *Diario La Ley*, núm. 8758, 10 de mayo de 2016, disponible en <https://elderecho.com>, último acceso 3 de diciembre de 2018, si bien, los dos últimos autores se decantan más por ser un delito supraindividual de peligro abstracto.

⁹⁰ LAMARCA PÉREZ, C. “El bien jurídico protegido” ob. cit., pág. 168.

⁹¹ DÍEZ RIPOLLES, J.L. “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, julio 2000, pág. 69, disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010/Documento>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

⁹² MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, ob. cit., págs. 191 y ss.

Por todo ello se entiende que el delito de embaucamiento es un delito de peligro⁹³, que adelanta las barreras de protección de los menores, “*ya que lo que se protege no es solo la indemnidad sexual sino también el bienestar psíquico, desarrollo, y proceso de formación en el ámbito sexual de los menores de dieciséis años en el que, realmente, se está tipificando un acto preparatorio*”⁹⁴.

1. Sujetos

A. Activo

La Directiva 2011/93/UE, establecía como acción constitutiva de este delito “*la tentativa de un adulto*”⁹⁵ mientras que el art. 183 ter.2 CP instituye como sujeto activo a “*el que*”⁹⁶. El empleo por el legislador nacional de dicha expresión, sin especificar si ha de ser hombre o mujer, adulto o menor, parece hacer ver que se refiere a que cualquier persona que realice la acción, y que sea cual sea su edad, habrá de responder penalmente por la comisión de este ilícito, así que según el Código Penal español, se puede penar por la comisión del delito de este artículo a cualquier persona, mayor o menor de edad, siempre que tenga edad penal.

Es decir, que un menor de edad, mayor de catorce años, podría ser autor de un delito de embaucamiento con fines sexuales de otro menor de dieciséis años, pues la similitud de edades no sería eximente al no poder entrar en juego el art. 183 quater CP por no ser

⁹³ En este sentido coinciden GÓRRIZ ROYO, E., “On-line child grooming”, ob. cit. págs. 12 y ss., ÁLVAREZ HERNANDO, J., *El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal*, noviembre 2013, pág. 3, disponible en <https://docplayer.es/9233697-El-ciberacoso-sexual-infantil-y-su-respuesta-penal.html>, último acceso 5 de diciembre de 2018 o RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 9, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-06.pdf>, último acceso 5 de diciembre de 2018, si bien, existen voces discrepantes como la de HERNANDEZ GUERRERO, F.J., “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coordinadores), *Derechos y Redes Sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2010, pág. 522, que considera que contra lo que se atenta con dicha actitud, es contra la libertad sexual del menor, puesto que el embaucamiento no es otra cosa que un acto preparatorio de una agresión o de un abuso sexual, es decir, un ataque a la libre determinación sexual.

⁹⁴ Fundamento de Derecho Segundo, párrafo tercero, de la SAP MA 506/2017, de fecha 3 de mayo, recurso núm. 85/2017, resolución núm. 268/2017, ponente D. Manuel CABALLERO-BONALD CAMPUZANO.

⁹⁵ Vid. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor*”

⁹⁶ Vid. art. 183 ter.2 CP, “*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a...*”

compatible con el tipo penal del embaucamiento⁹⁷ por la sencilla razón de que, la acción de embaucar, implica engañar o prevalecerse de la credulidad e inexperiencia del menor. Es decir, los menores pueden llegar a convertirse en autores de un delito que inicialmente fue introducido para protegerlos, para ser aplicado sobre depredadores sexuales adultos⁹⁸.

Y es que al realizarse la trasposición del artículo 6.2 de la citada Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, se introdujeron “cambios” que ocasionarán no pocos problemas de aplicabilidad, y al admitirse su comisión por menores, éstos podrían ser condenados como embaucadores sexuales por actos que, en principio, podrían entenderse como el desarrollo de su sexualidad, por actos inocentes como el intento de convencer, un menor a otro, para que le envíe una fotografía que le permita conocer el sexo contrario.

Como se indicaba en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley, lo propio hubiese sido que se hubiese exigido una diferencia mínima de edad, o al menos, como indica la Directiva de la Unión, que el hecho hubiese sido realizado por un adulto⁹⁹.

Pero entonces, ¿cometería un menor, que proporciona imágenes de otro menor, un delito de distribución de material pornográfico de menores? RAMOS VÁZQUEZ aborda esta cuestión y las ilustra con dos ejemplos¹⁰⁰:

- 1) *Supongamos que un menor de 14 años embauca a otro de 15 años para que le envíe fotografías de su hermana de 17 años desnuda, pero no logra su objetivo.*
Es plausible entender que, aunque el menor de 15 años no envíe las imágenes de su hermana, el menor de 14 años ya ha cometido el delito del 183 ter.2 CP, pues ha violentado la indemnidad sexual del menor de 15 años.
- 2) *El mismo caso anterior, pero ahora el menor de 14 años sí que logra su objetivo.*
Ambos menores, el de 14 años por pedir las y el de 15 años por facilitarlas, han cometido un delito del 189 CP. El de 14 años ha solicitado y obtenido material pornográfico de una menor de edad y el menor de 15 años ha distribuido material pornográfico de dicha menor. El de 15 años ha pasado de ser víctima, a victimario, al no serle aplicable la exclusión del 183 quater CP.

⁹⁷Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del CP de la FGE, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.

⁹⁸VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online...” ob. cit. pág. 26.

⁹⁹Consejo Fiscal, Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, comentario a la parte general centésimo quinto, pág. 157, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

¹⁰⁰Indicados en el análisis de RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Política criminal...*, ob. cit. pág. 175.

Sin embargo, la necesidad de que el autor deba realizar “actos” dirigidos a embaucar, engañar, o convencer al menor, hace que dicha conducta sólo pueda ser realizada por quien pueda prevalecerse de su inexperiencia o candor, para engatusarlo o convencerlo y lo incite a que acceda a entregarle material o fotografías pornográficas. De tal manera que el sujeto activo de este delito ha de ser alguien que “*pueda prevalecerse*”¹⁰¹, alguien que pueda engañar a un menor con un engaño tal, que a una persona con experiencia en la sexualidad (entendiendo como persona con experiencia en sexualidad a una persona adulta media), no la hubiese convencido.

Llegado a este punto, conviene distinguir entre dos figuras afines como posibles sujetos activos: el “agresor sexual” y el “pedófilo”.

El agresor sexual agrede al menor con el fin de dominarlo sexualmente, de mantener una relación carnal, mientras que un pedófilo es quien se excita y obtiene placer sexual a través de actividades o fantasías con menores. Por lo tanto, un agresor sexual puede ser pedófilo, un pedófilo puede ser agresor sexual, pero existen agresores sexuales que no tienen un interés continuado por los menores y realizan dichas agresiones de forma puntual y a veces única, y pedófilos que nunca han tenido contacto con un menor pero que, con el afán de satisfacer sus fantasías, intentarán embaucar a adolescentes con cierta asiduidad.

ROMO MOSQUERA indica que este tipo de pedófilo es el que persigue el art. 183 ter.2 CP. Esto es, el pedófilo que se siente atraído sexualmente por un menor, cualquiera que sea su sexo, pero que nunca ha tenido contacto físico con él¹⁰², pese a que puede que lo pretenda. Dicho de otro modo, un consumidor habitual de pornografía infantil, que con frecuencia la recopila y almacena y, que ha encontrado en Internet un nuevo espacio en el que conseguirla y lograr sus pretensiones¹⁰³. La comunidad científica ha propuesto diferentes “*tipologías de sujetos en posesión de pornografía infantil*”, y las ha graduado

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma Penal de 2015*, ob. cit., págs. 441 a 446.

¹⁰² *Ibidem*, págs. 248 y 249, realiza un estudio sobre los trabajos de A. Bates & C. Metcalf, *A Psychometric comparison of Internet and non-Internet sex offenders from a community treatment sample*, 2017; S. Jung, L. Ennis, S. Stein, A.L. Choy & T. Hook, *Child pornography possessors: Comparisons and contrasts with contact-and non-contact sex offenders*, 2012; J.A. McCarthy, *Internet sexual activity: A comparison between contact and non-contact child pornography offenders*, 2010; K. Sheldon & D. Howitt, *Sexual fantasy in paedophile offenders: Can any model explain satisfactorily new findings from a study of Internet and contact sexual offenders?*, 2008 y de I.A. Elliot, A.R. Beech, & R. Mandeville-Norden, *The psychological profiles of Internet, contact and mixed Internet/contact sex offenders*, 2013 y concluye que los pedófilos que podrían incurrir en un delito del 183 ter.2 CP, “suelen tener un nivel alto de educación y empleo, carecen de antecedentes penales y ni son consumidores de drogas ilícitas ni padecen distorsiones cognitivas con respecto a la empatía con las víctimas, y como no necesitan una cercanía física a los menores, pasan desapercibidos”.

¹⁰³ LOVELLE, M.I. 2016. “La perfilación criminal aplicada a la pornografía infantil”, en M.A. Soria Verde, J. Romo Mosquera y otros, *Manual de perfilación criminal*, Pearson, Madrid, 2016, págs. 297 a 300.

según su reprochabilidad, desde la “*visualización accidental*” de quien topa con ella en la Red sin buscarla, hasta los “*abusadores físicos activos*” y los “*productores de pornografía infantil*”, pasando por la “*búsqueda activa*” del que pretende satisfacer sus fantasías personales esporádicas, o la “*búsqueda vehemente*” de quienes pretenden coleccionarla, almacenarla y utilizarla con asiduidad. Y ha realizado diversos estudios para definir los aspectos concretos de dichos pedófilos y poder detectarlos¹⁰⁴, pero sus resultados no han sido en absoluto concluyentes, bien porque presentan unos indicadores sumamente amplios, bien porque un mismo agresor puede presentar aspectos de varias de las categorías en las que se podrían incardinar.

No obstante, se puede concluir que la actitud que sanciona el art. 183 ter.2 CP es la del que busca pornografía de forma intencionada e intenta contactar con menores para que se la faciliten. El resto de tipologías o son impunes, como fantasear con pornografía infantil o su visionado accidental, o son perseguibles por otros preceptos del texto punitivo como, por ejemplo, la producción o la distribución de material pornográfico infantil.

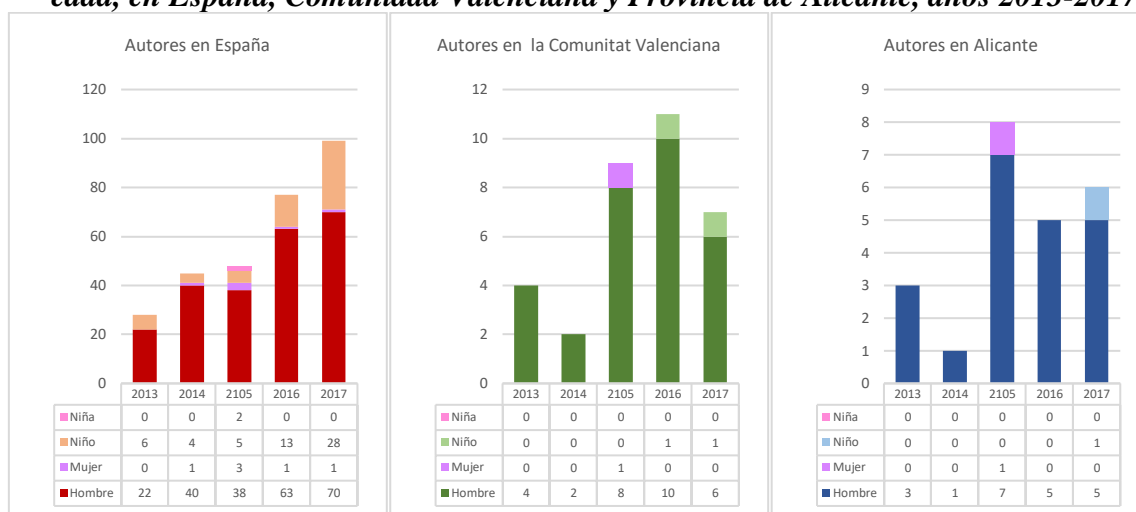
Lo relevante es, por tanto, que hay que huir de la idea de que del autor de este tipo de delito es un “*hombre extraño y arrugado que se acerca a jugar en el parque, o del sacerdote que ataca a sus acólitos*”¹⁰⁵, o de un hombre obeso y desaliñado detrás de la pantalla de un ordenador. Todo lo contrario, este delincuente suele ser una persona normal, un ciudadano común no excluido de la sociedad. Una persona que tienen una familia, un trabajo y unas responsabilidades. Razón por la que es sumamente difícil identificarlo.

Ahora bien, tras confrontar los datos de autores detenidos en el Portal Estadístico de Criminalidad puede concluirse que la práctica totalidad de los encausados por el delito de contactar por medios de las tecnologías de la información con menores de 16 años con fines sexuales son hombres adultos, seguidos de varones menores de edad, de mujeres adultas cuya presencia es casi testimonial, y en último extremo, mujeres menores, cuya presencia es casi nula.

¹⁰⁴ CASTILLERO MIMENZA, O., “Perfil psicológico del pederasta: 8 rasgos y actitudes en común”, en *Psicología y Mente*, publicado el 3 de febrero de 2017, disponible en <https://psicologiymente.com/forense/perfil-psicologico-pederasta>, último acceso 6 de diciembre de 2018, MORENO OLIVER, F.X., “Perfil psicológico de los pedófilos”, en *Psicología Jurídica*, publicado el 24 de junio de 2018, disponible en <http://psicologiajuridica.org/psj197.html>, último acceso 6 de diciembre de 2018 u ORTIZ-TALLO ALARCÓN, M., SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L.M. y CARDENAL HERNANDEZ, V., “Perfil Psicológico de delincuentes sexuales, un estudio clínico con el MCMI-II”, en *Revista de Psiquiatría de la Facultad de Medicina de Barcelona*, núm. 29, 3, 144-153 (2002), disponible en https://www.uma.es/psicologia/docs/eudemon/investigacion/perfil_psicologico_de_delincuentes_sexuales.pdf, último acceso 6 de diciembre de 2018, entre otros.

¹⁰⁵ ROMO MOSQUERA, J. *Abuso sexual infantil*, en M.A. Soria Verde, J. Romo Mosquera y otros, *Manual de perfilación criminal y análisis de la conducta criminal*, Pearson, Madrid, 2016, pág. 230.

Gráfico 10: Comparativa del sexo de los autores, con discriminación de mayoría de edad, en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Portal Estadístico de Criminalidad

Se corrobora así, la afirmación de que no existe óbice para que un menor de edad pueda ser autor de un delito de embaucamiento de menores con fines sexuales.

B. Pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, un aspecto objetivo clave en la tipificación del delito es la edad del menor que puede reputarse víctima: dieciséis años. Una edad que ha sido elevada con la última reforma del Código Penal, porque como se indica en el propio Preámbulo de la Ley, punto XII, párrafo segundo, la anterior edad de trece años, resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos y desacorde con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia¹⁰⁶. Dicha edad de consentimiento sexual, es un elemento que la normativa europea dejaba a disposición del los Estados miembros. Así que aprovechando la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, y debido a la preocupación que suscitaba el hecho de que en España dicha edad estaba establecida en los trece años cuando en el resto de países del entorno se situaba en catorce o dieciséis años, el legislador español aprovechó para modificarla, elevándola a los dieciséis años actuales.

Por ello aún podemos encontrar países que la continúan estableciendo en los catorce años (Alemania, Italia, Hungría, Austria y Portugal), mientras que algunos la sitúan en los quince (Francia, Polonia, Dinamarca y Suecia), otros más en los dieciséis años de edad (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega y Finlandia), y los menos, los más conservadores, a los dieciocho años (Malta y Turquía).

¹⁰⁶ Vid. punto XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.

Además, hay que advertir que la edad para contraer matrimonio varía según qué país, siendo frecuente encontrar legislaciones que permiten desposarse a partir de los catorce años y que, a esa edad, un menor puede tener relaciones sexuales consentidas con otra persona, hombre o mujer mayor de dieciocho años, pero próxima en edad y grado de desarrollo y madurez, su pareja, lo que “*haría ilógico pensar en un abuso sexual*”¹⁰⁷.

Lo que no es posible, es admitir que existe consentimiento válido cuando la diferencia de edad es tan abultada, al menos a ojos de nuestro legislador, pues pese a que no exista una prohibición expresa que impida que un menor decida mantener relaciones sexuales, dicha decisión no puede ser considerada libre debido a su corta edad.

Por ello la apreciación de su “*libre consentimiento*” exige ser modulada¹⁰⁸, y ese es el motivo de la inclusión del art. 183 quater CP. Según el mismo, se podría eximir de responsabilidad penal al actor, en los supuestos en que sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez y haya mediado su libre consentimiento, consiguiendo así conexas¹⁰⁹ su protección, con el respeto a su libertad sexual y a su desarrollo madurativo.

Pero, reitero, tal cláusula de exclusión no es aplicable el ilícito del art. 183 ter.2 CP, pues como veremos al analizar la acción típica, el hecho de embaucar imposibilita considerar el consentimiento como libremente otorgado¹¹⁰.

Tras este apunte sobre la edad de consentimiento sexual de los menores, acudamos nuevamente a los datos estadísticos del Portal Estadístico de Criminalidad, para observar el tipo de victimización de este delito.

¹⁰⁷MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit. p. 211.

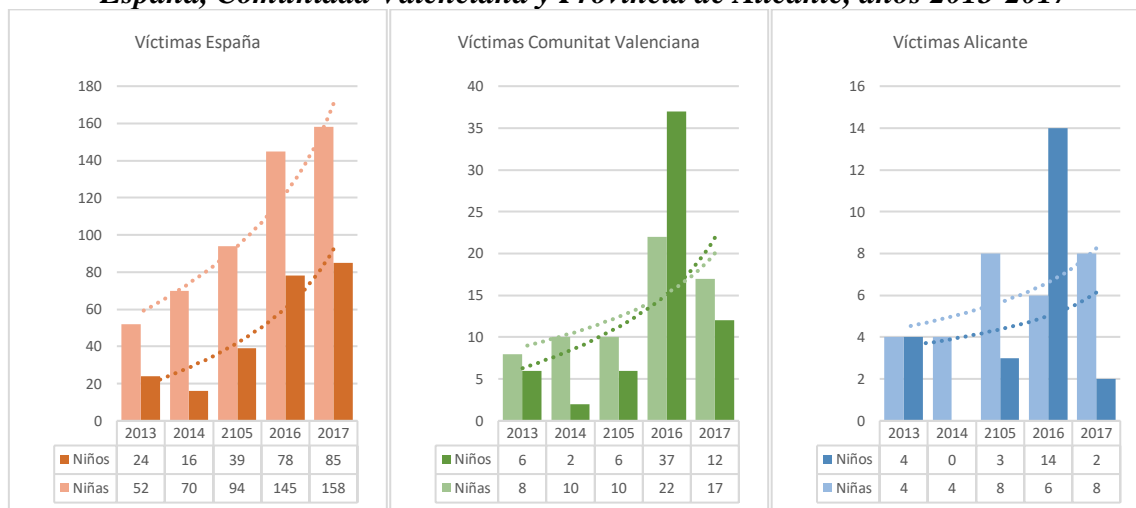
¹⁰⁸ En efecto, en nuestro ámbito territorial se puede observar que, según qué culturas, se dispone de tradiciones de iniciación a la vida adulta que difieren en su edad, y consecuentemente en el desarrollo emocional o sexual de los menores, costumbres como “la edad casadera gitana” (EUGENIO ABAJO, J. y CARRASCO, S. “Experiencias y trayectorias de éxito escolar de gitanas y gitanos en España” en *Revista del CIDE/INSTITUTO DE LA MUJER*, núm. 4, 2004, disponible en https://books.google.es/books?id=bDEfAgAAQBAJ&pg=PT137&dq=edad+casadera+gitana&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjY_eSmjcTdAhXNOcAKHWTAD50Q6AEIKDAA#v=onepage&q=edad%20casadera%20gitana&f=false) a los 14 años, último acceso 3 de diciembre de 2018, o las “fiestas de puesta de largo” (EL PAÍS. «*Las fiestas latinas de 15 años arrasan en España*», publicado el 14 de febrero de 2017, disponible en https://elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486485272_700545.html), que significan el paso de niña a mujer y que se celebran a los 15 años por los colectivos sudamericanos o a los 16 por los nativos anglosajones, último acceso 4 de diciembre de 2018, son algunos ejemplos de ello.

¹⁰⁹ Sentencias, como la STS 2599/15, entendieron que existiendo una gran diferencia de edad (64 vs 8 años), existía una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento del menor porque su inmadurez psíquica le impedía decidir con libertad (cualquier acción sexual sobre un menor de trece años es constitutiva de un abuso sexual), y en todo caso se trataría de un abuso sexual. Otras en cambio, como la STS 4517/16, razonaron que la diferencia de edad, si no era abultada, (29 vs 14 años) posibilitaría la apreciación de un error de prohibición invencible, lo que excluía de culpa al autor.

¹¹⁰ Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del CP de la Fiscalía General del Estado, ob. cit.

Son las niñas las que más lo padecen, en un porcentaje bastante superior al de los niños, constituyendo el 65,02% del total de víctimas a nivel nacional, el 58,62% a nivel autonómico y hasta un 80% a nivel de la Provincia de Alicante.

Gráfico 11: Comparativa del sexo de los menores víctimas de este tipo delictivo, en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017



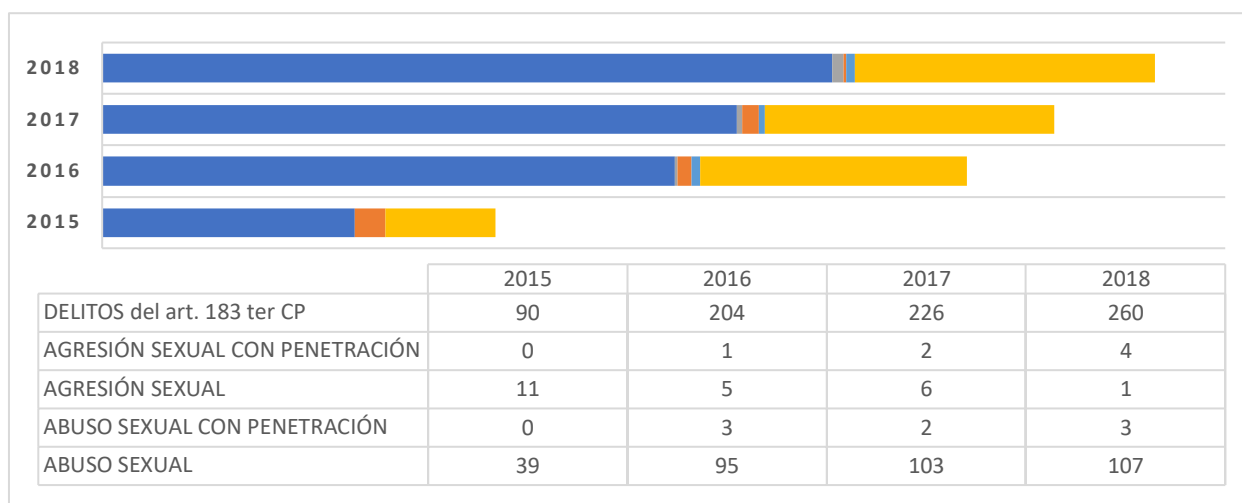
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Portal Estadístico de Criminalidad

Y si tal situación es ya de por sí, sangrante, si observamos el crecimiento logarítmico medio del número de victimizaciones, podemos comprobar que, en todos los ámbitos analizados, es creciente, pese a los esfuerzos en reducirlo que se vislumbran en los datos del último año disponible.

Abrumado por las cifras, y con el fin de ofrecer una información, lo más fiel posible del momento actual, se recabaron los datos de las victimizaciones específicas del artículo 183 ter.2 CP y del total de las victimizaciones de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años con el fin de enfrentarlos. Para ello, y tras numerosas gestiones, se logró contactar con D. FRANCISCO SÁNCHEZ JIMÉNEZ, responsable del Área de Sistema Estadístico y Atención a Víctimas del Ministerio del Interior¹¹¹, quien facilitó la siguiente información sobre las victimizaciones de menores de dieciséis años respecto de los delitos tipificados en los artículos 183 a 183 ter del Código Penal. Según los datos facilitados, el pasado año 2018, se registraron un total de 375 victimizaciones de menores que sufrieron los ilícitos del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal. Un total de 375 niños menores de dieciséis años fueron víctimas de abusos y agresiones sexuales, de ellos, el 69,33%, padeció *grooming* o *sexting* (Art. 183 ter CP).

¹¹¹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., Área de Sistema Estadístico y Atención a Víctimas, Gabinete de Coordinación y Estudios, Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sita en Cruce de la calle Artistas con la calle Don Quijote, 28071-Madrid, teléfono 915372813, e-mail fsj@interior.es, fax 915372809.

Gráfico 12: Victimizaciones de menores de 16 años (Total Nacional)¹¹²



Fuente: Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios, Ministerio del Interior

Cabe una última apreciación respecto del menor sujeto pasivo.

Debido a su corta edad y escaso desarrollo madurativo, en ocasiones no llegan a saber que son víctimas, y en otras, y puesto que con frecuencia sus agresores forman parte de su círculo cercano o familiar, llegan a ser manipulados para negarlo, ocultarlo, o son utilizados con ánimos espurios por un padre contra el otro, por lo que los datos ofrecidos, al reflejar únicamente los hechos conocidos, no alcanzan a reflejarla realidad.

Diferenciar las denuncias verídicas, de las manipulaciones u ocultaciones paliará el trauma de los pequeños¹¹³, víctimas en todo caso, por lo que un informe pericial de credibilidad y un análisis metódico de sus palabras ofrecerán los criterios que permitirán distinguir el tipo de victimización que se ha padecido y el consecuente *iter* judicial a seguir.

¹¹² De la información reflejada en el gráfico, cabe destacar: 1) Los datos del año 2015 expresan las victimizaciones acaecidas con posterioridad al 1 de julio, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2015 de reforma del Código Penal que introdujo el embaucamiento como delito autónomo. 2) Los datos del año 2018 incluyen las victimizaciones de que se tiene conocimiento hasta el tercer trimestre, es decir, hasta el mes de septiembre de dicho año. 3) Se muestran de forma conjunta, los datos de los dos tipos delictivos del art. 183 ter, y en dicho acumulado se incluyen los delitos cometidos mediante el uso de Internet, informática, Intranet y otras redes, páginas de *Streaming*, redes de archivos compartidos, páginas de descargas directas, de enlaces, blogs, correos electrónicos, redes sociales y telefonía. 4) La información referida corresponde únicamente a los datos obrantes en bases de datos de Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Foral de Navarra y cuerpos de Policías Locales que facilitan datos al Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC), el +- 92% del Estado.

¹¹³ CASALS CAMPOS, E. en su obra *Abuso Sexual (o maltrato) vs Manipulación Parental*, Tirant Lo Blanch "Criminología y Educación social" Serie menor, Valencia, 2013, analiza y establece las pautas para detectar y discriminar las posibles situaciones de maltrato infantil y poder diferenciar entre las denuncias verdaderas de un abuso sexual o de unos malos tratos y las denuncias falsas. Los menores, por su corta edad y menor nivel de desarrollo personal y social, son extremadamente manipulables. Los diversos escenarios dentro del seno familiar que podrían resultar desestabilizantes para su normal desarrollo evolutivo son a) una separación de los padres en la que el menor queda como algo intermedio y pendiente entre ambos, una especie de "fleco suelto", b) un abuso sexual en el seno de la familia, en las que en ocasiones el menor, además de ser víctima, llegar a ser "motivo de vergüenza", c) un abuso emocional, con una manipulación de uno de los progenitores que lo convierte en "un aliado" en contra del otro progenitor o, d) un abuso sexual, real o simulado, en el que un progenitor alinea al menor en su posición y lo enfrenta al otro, utilizándolo como "arma arrojadiza".

Por ello, desde la prudencia de no pretender realizar un análisis exhaustivo de los elementos que permiten detectar estos abusos (lo que pertenecería a otra disciplina), si que considero conveniente poner de relieve que existen una serie de indicadores, tanto específicos como inespecíficos, que convendría que todos los profesionales que han de tratar con las posibles víctimas de delitos de naturaleza sexual conocieran¹¹⁴,

2. Conducta típica

La conducta típica sancionable es la de contactar con un menor de 16 años, por unos medios específicos (Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación), con una finalidad u objetivo concreto (la obtención de fotografías o de material pornográfico), embaucando al menor para que sea él mismo quien los facilite.

El verbo típico es, por tanto, contactar, lo que significa que el autor del ilícito ha de realizar actos dirigidos a engañar, convencer o persuadir al menor para que le facilite el material o las imágenes pornográficas, pues, según la Real Academia Española de la lengua, embaucar consiste en “*engañar o alucinar, prevaleciéndose de la inexperiencia o candor del engañado*”¹¹⁵. Es por ello que dicho comportamiento sólo puede ser realizado por quien realmente pueda aprovecharse de la inexperiencia o el candor del menor, alguien que pueda engañarle con un engaño tal, que a una persona con experiencia en la sexualidad

¹¹⁴ Así, PENADO ABILLEIRA, en el transcurso del Curso de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, (UNED) “*Abuso Sexual infantil: Pedofilia*”, impartido del 17 al 18 de marzo de 2016 en el Centro Asociado de Pontevedra, y coincidiendo con REQUENA VARÓN, F. “El abuso sexual a menores: Los pederastas”, en M. Avilés Gómez (director), R. Jiménez Cortés y otros, *Delitos y delinquentes, cómo so, cómo actúan*, Editorial Club Universitario, San Vicente del Raspeig (Alicante), 2010, págs. 154 y 155, clasificó las condiciones, circunstancias e indicadores que permiten la detección de menores posibles víctimas de delitos de naturaleza sexual en dos grupos: A) Indicadores específicos, como unos conocimientos sexuales inusuales para la edad del menor; conductas hipersexualizadas o autoeróticas infrecuentes en los menores según sus edades; manifestación por parte de las figuras parentales, u otro miembro de la familia del menor, de sus sospechas de que el abuso está ocurriendo; información o sospecha de conductas sexuales, por parte de los adultos que viven con el menor, que resultan dudosas en cuanto a su adecuación; inflamaciones, enrojecimientos y lesiones por rascado en zona genital o anal, y B) Indicadores inespecíficos, que a su vez se subdivide en Indicadores físicos como los trastornos de la alimentación; ciertos trastornos psicosomáticos; fenómenos regresivos como la enuresis o incontinencia urinaria o la encopresis o incontinencia fecal e infecciones urinarias repetidas sin causa orgánica, e Indicadores psicológicos o comportamentales que en menores de tres años de edad pueden ser retraimiento social, temores, alteraciones del sueño; en menores en edad preescolar, hiperactividad, fobias, conductas compulsivas; en menores en edad escolar y preadolescentes fugas de casa, pequeños hurtos, mentiras y en adolescentes el consumo de drogas, los intentos de suicidio, o las automutilaciones...

¹¹⁵ Definición de Embaucar de la RAE, disponible en <http://dle.rae.es/?id=Ec86tAA>

no la hubiese convencido¹¹⁶ y logre engañarlo, engatusarlo o convencerlo para que acceda a entregarle lo solicitado. *Contrario sensu*, no se puede considerar burlado quien accede tras la utilización de un ardid nimio, entendiéndose, en tal caso, que se accede de forma voluntaria. El autor ha de crear en el menor, “*que de algún modo se entiende que es inexperto o candoroso en el ámbito sexual*”¹¹⁷, el convencimiento de que está accediendo voluntariamente, pese a que está siendo engañado. Pero, al pivotar el elemento del tipo del embaucamiento en la inexperiencia del menor, cabe preguntarse si ésta: ¿ha de presumirse o debe acreditarse?, ¿si es suficiente comprobar la existencia del contacto, su finalidad del mismo y el carácter objetivamente engañoso o embaucador de sus manifestaciones, para entender realizada la acción típica?¹¹⁸. Es incuestionable que cada persona evoluciona de manera distinta según el ámbito social en el que crece, su iniciativa, su predisposición, su cultura, las tradiciones del entorno y demás condicionantes influyen en el crecimiento y desarrollo, y presuponer todos los menores conocen lo mismo sobre la esfera sexual es, cuanto menos, aventurado. De esta manera es pacífico entender, que para poder considerar que realmente ha habido embaucamiento se deberá probar tanto la acción del autor (el engaño urdido), como los efectos de dicha sobre el menor (el convencimiento erróneo), pues de otro modo no se puede considerar que el menor haya sido realmente embaucado¹¹⁹.

Además, se requiere que el contacto con el menor se realiza mediante unos medios determinados, pues se requiere que se contacte por medio de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Tecnologías que, en palabras de MARTÍNEZ SÁNCHEZ sería, tanto el contacto con los medios de comunicación o tratamiento de la información actuales, como los que surjan fruto de los avances tecnológicos o del conocimiento humano¹²⁰, o como plantean ALIAGA ABAD y BARTOLOMÉ PINA, son sencillamente los medios técnicos que permiten recabar, tratar, guardar y transmitir información¹²¹. Una definición más institucional de dichas tecnologías

¹¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma Penal...*, ob. cit. pág. 443.

¹¹⁷ NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, número 65, 2012, pág. 216, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548520.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

¹¹⁸ BOIX REIG, J. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit. pág. 403.

¹¹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Política criminal...*, ob. cit. pág. 178, y en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma Penal...*, ob. cit. pág. 443.

¹²⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, F. “El profesorado ante las nuevas tecnologías”, en F. Martínez Sánchez y M.P. Prendes Espinosa, *Nuevas tecnologías y educación*, Pearson Educación, Madrid, 2005, págs. 4 a 7.

¹²¹ ALIAGA, F. y BARTOLOMÉ A. “El impacto de las nuevas tecnologías en educación”, en T. Escudero y A. Correa, *Investigación en innovación Educativa*, La Muralla, Madrid, 2006, págs. 55 a 88.

es la que ofrece la OCDE, que define a las tecnologías de la información y la comunicación como “*Aquellos dispositivos que capturan, transmiten y despliegan datos e información electrónica y que apoyan el crecimiento y desarrollo económico de la industria manufacturera y de servicios*”¹²², o la de la UNESCO, que las concreta como “*Un continuo que va desde los libros o las pizarras, pasando por la radio o el video, hasta elementos informáticos o las aplicaciones de Internet más avanzadas*”¹²³.

Este *numerus apertus*, al indicar “*cualquier otro material*”, deja abierta la posibilidad de sumar al elenco de formas de intercambio de este tipo de material, otras como los hologramas, las imágenes 3D-360°, la realidad virtual, o cualquier otra forma que pueda surgir en un futuro de intercambio de pornografía.

Y por último, también resulta preciso que dicha comunicación exista y que sea efectiva, es decir, que el emisor la haya enviado y que el receptor la haya recibido e interpretado (sería paradójico pretender sancionar la simple emisión de un mensaje que no llega a ningún destinatario) y que haya sido realizada con una finalidad concreta, embaucar al menor de dieciséis años para que le muestre o le facilite imágenes, fotografías, mensajes, audios o cualquier otro material pornográfico donde aparezca él, cualquier otro menor, o cualquier persona o imagen que simule o aparente ser de un menor. Pero ¿qué se considera pornográfico en relación con los menores? Tanto UNICEF¹²⁴, como el CONSEJO DE EUROPA¹²⁵ y el PARLAMENTO EUROPEO¹²⁶, han definido la pornografía infantil de

¹²² OCDE (2002), Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion, disponible en <http://www.oecd.org/Internet/ieconomy/20627293.pdf>, ultimo acceso 7 de enero de 2019.

¹²³ GUTTMAN, C. *Education in a multilingual word: UNESCO*, 2003, disponible en <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/education-in-and-for-the-information-society/>, ultimo acceso 7 de enero de 2019.

¹²⁴ UNICEF, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990 y en el II Congreso Mundial contra la explotación sexual de los niños de 2001, definió la pornografía infantil como “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”

¹²⁵ El CONSEJO DE EUROPA, (Convenio de Budapest), definió pornografía infantil como “todo material pornográfico que contenga la representación visual de un menor comportándose de una forma sexualmente explícita, de una persona que parezca un menor comportándose de una manera sexualmente explícita, o de imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita”

¹²⁶ El PARLAMENTO EUROPEO junto con el CONSEJO, en la Directiva 2011/93/UE, definieron como pornografía infantil a “todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales

forma muy parecida, y el legislador español, inspirado en todas ellas, y siguiendo las indicaciones del art. 2 de la Directiva 2011/93/UE y del art. 9 de la Convención de Budapest, ha hecho lo propio en el 189.1 b) CP¹²⁷. Se ha dotado así al término, de una seguridad jurídica de la que anteriormente adolecía, y se ha ofrecido a los operadores jurídicos una útil herramienta para identificarla y determinarla. Sin embargo, pese a estar determinada en el Código Penal, el legislador no hizo referencia a tal enunciación en su redacción del artículo 183.ter 2 CP. Y es que, de haberlo hecho, el abanico de material o imágenes pornográficas de menores a proteger excedería el ámbito de salvaguarda del propio precepto, que se ha de delimitar a los menores de 16 años de “*reales*”¹²⁸.

En efecto, la adopción de la definición del art. 189 permitiría interpretar la letra del 183 ter.2 CP en el sentido de ser innecesario que el objeto del delito sea realmente un menor, lo cual resultaría incomprensible por absurdo. Pues si por “se represente a un menor” cabe interpretar que lo que se solicite o se envíe sea “*una representación de una imagen pornográfica de un menor*”¹²⁹, es decir, un menor virtual, un dibujo, o una animación de tal calidad y detalle que aparente ser real, se superaría el ámbito de protección del precepto. Y si por se parezca a un menor se pretende sancionar tanto el acto de facilitar o mostrar material pornográfico en el que aparezca o en el que se represente a un menor, como suministrar o exponer material en el que se muestre un adulto que se asemeje o personifique ser un menor, se rebasaría de nuevo su ámbito de protección, pues como indica LAMARCA PÉREZ: “*la mera apariencia de menor no debería resultar punible*”.

Con las indicadas prerrogativas surge la siguiente interrogante:

¿El delito se produce cuando el embaucador le muestra al menor imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca otro menor o, por el contrario, cuando el menor le muestra al embaucador dichas imágenes?

¹²⁷ “Es pornografía infantil: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales, c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes, d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines sexuales”

¹²⁸ TEJADA DE LA FUENTE, E. “Novedades en la tipificación...”, ob. cit. pág. 39.

¹²⁹ ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en T. Vives Antón (coordinador), E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 230.

Y es que, si la intención del legislador es castigar a quien pretenda embaucar a un menor para que le facilite material pornográfico ¿por qué redundaría en ello?, ¿acaso las imágenes pornográficas no son también material pornográfico?

Cierto es que la lógica nos indica que la acción sancionable ha de ser la de engatusar al menor para que facilite material pornográfico, de cualquier clase, al embaucador, pero no es menos cierto que *“resulta una alternativa típica la conducta de mostrar el autor imágenes pornográficas que incluyan menores (no entendiéndose en este caso la razón de ser de la restricción a sólo menores)”*¹³⁰.

Entonces, si lo que se castiga es el intento de un adulto de obtención de material o imágenes pornográficas de menores ¿qué necesidad había de este nuevo artículo?

Tanto el Consejo de Estado, el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, como varios autores, ORTS BERENGUER, BOIX REIG, LAMARCA PÉREZ o ALONSO ESCAMILLA han coincidido en que *“el precepto que aquí se comenta no deja de ser, en la práctica, una tentativa de un delito de pornografía de menores del artículo 189 CP”*¹³¹, que ya se encontraba tipificado y sancionado en el Código Penal.

3. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que debe abarcar la intención del autor de obtener material o de imágenes pornográficas de menores de dieciséis años, resultando indiferente la motivación que guíe sus actos. Ha de ser directo, pues se exige que se produzca un contacto con un menor de dieciséis años y se le intente embaucar, no siendo posible concebir dicho acto sin una voluntad expresa. Es decir, dado que el elemento subjetivo del tipo es engañar con la intención de obtener del menor material pornográfico, no cabe ni la imprudencia (pues el art. 183 ter.2 CP no recoge tal modo de comisión de la conducta y difícilmente se puede embaucar a alguien sin querer o por haber olvidado o descuidado las más elementales normas de prudencia), ni la ejecución con dolo eventual (siendo impensable imaginar que alguien que contacta con un menor, le engatusa y le solicita imágenes pornográficas, no había pretendido realmente que dicho menor le facilitase esas imágenes), es más, pese a que el autor considere que la persona con la que contacta es

¹³⁰ BOIX REIG, J. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4): Acoso Sexual”, en de J. Boix Reig, N. García Rivas, P. Lloria García y otros *Derecho Penal. Parte especial*, IUSTEL, Madrid, 2016, pág. 403.

¹³¹QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma Penal...*, ob. cit. pág. 445.

mayor de la edad de dieciséis años y que por lo tanto, su conducta no es perseguible conforme al art. 183 ter.2 CP, lo cierto es que atenta contra la indemnidad sexual de dicho menor, y por ende, comete el ilícito.

El dolo abarca tanto el elemento cognitivo como el elemento subjetivo.

La acción de embaucar tampoco admite una modalidad omisiva, siempre es una acción activa dado el carácter de la conducta, pues exige una energía criminal para su comisión. Quien realiza la acción del delito tipificado en el art. 183 ter.2 CP lo hace de forma consciente, deliberada, conociendo perfectamente que está realizando actos tendentes a seducir a un menor y con la voluntad de hacerlo.

En cuanto a los posibles autores menores de edad, resulta indiferente la motivación que puedan tener. Esto es, sea la de acceder a material pornográfico con fines lascivos, o simplemente dar el salto a la edad adulta, despertar su sexualidad, crecer y hacerse mayor, en ambos casos existiría un dolo directo y apreciable. La acción del menor, mayor de catorce años y menor de dieciséis (enjuiciable y responsable penalmente de sus actos según la Ley del Menor), de solicitar imágenes a un segundo menor, podría englobarse en un delito de embaucamiento con fines sexuales del 183 ter.2 CP, y en caso de conseguirlo, en otro de pornografía infantil del 189.5 CP. En cambio, la acción del menor que accede tras un engaño suficiente e invencible (en relación a su edad y a su experiencia), a facilitar el material pornográfico, no permite que se le exija responsabilidad penal. Su actuación no podría ser punible por considerarse atípica, ya que no obra por su propia voluntad al faltar el dolo. De hecho, en el Proyecto de reforma del Código Penal, de forma intencionada, se sustituyó la expresión “*dicho menor*”¹³², por la de “*un menor*”¹³³, evitando precisamente que pudiera llegar a convertirse al menor embaucado, en autor de un delito de distribución de material pornográfico, por caer en el engaño.

Pero, ¿cabría apreciar un error invencible que excluyese la responsabilidad penal del actor? El art. 14 CP indica que un error invencible sobre un hecho constitutivo de delito excluirá la responsabilidad criminal del autor, y que, en caso de tratarse de un error vencible, sería sancionada como imprudente, y el art. 12 CP expone que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente se disponga por Ley.

¹³² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF, texto originario.

¹³³ Vid. BOCG, enmiendas a la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, texto final.

En la mayoría de las redes sociales, se solicita la cumplimentación de un breve formulario, para obtener un nombre de usuario y poder interactuar. En él se pueden hacer aducir los datos que se quiera, pues nadie va a controlar si son verídicos. En otras plataformas, ni siquiera eso. Es decir, cualquier persona puede darse de alta en una red social poniendo una edad ficticia, un nombre inventado, o unos datos artificiosos. El único elemento que ha de ser verídico para poder operar es una dirección de correo electrónico, pero del mismo modo, crear una dirección email en servidores como *Gmail*, *Hotmail*, *Yahoo!*, o cualquier otro, es simple, rápido y anónimo. Por ello, es de presumir que el error invencible sobre la edad del menor embaucado, o del que aparece en las imágenes, es lo que conformará, sin duda alguna, la alegación más frecuente de los acusados por este ilícito.

Pero tal error no es estimable, pues si volvemos al texto del art. 183 ter.2 CP, vemos que la conducta sancionada, además de la de contactar con un menor de dieciséis años y embaucarle para obtener materiales o fotografías de un menor, se encuentra la de obtener imágenes “*de quien se le represente*”, o sea, de quien aparente ser un menor.

Se trata con ello de adelantar las barreras de protección de los menores¹³⁴, de proteger su indemnidad sexual, por lo que, si en un juicio de razonabilidad se aprecia que lo buscado por el autor son imágenes de menores, y que para ello contacta con menores de dieciséis años para que se las proporcionen, su conducta es reprobable, tanto si el menor embaucado es menor de dieciséis años, como si quien aparece en las imágenes es mayor de dicha edad, pero se le representa. Lo relevante no es la imagen en sí, sino la intromisión y menoscabo de la indemnidad sexual del menor con el que se contacta para obtenerlas¹³⁵.

4. Iter criminis

El delito de embaucamiento de menores con fines sexuales es un delito de mera actividad que se consuma con el contacto, por los medios indicados, con el menor de dieciséis años, pese a que dicho menor no acceda a lo solicitado¹³⁶. Con ello, lo que

¹³⁴VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online...” ob. cit. págs. 2 y 3.

¹³⁵ Volviendo a la reflexión de LAMARCA PÉREZ, C., pese a que el texto del art. 183 ter.2 CP lo admite, “*la mera apariencia de menor no debería resultar punible*”, pues da la impresión de que, con ello, en lugar de proteger la indemnidad sexual de los menores, se pretenda proteger la moralidad de los adultos. Opinión con la que coincido en el caso de que sea un mayor de 16 años, pero que aparente ser menor, y que remita imágenes de sí mismo o de otro mayor de 16 años que aparente menor edad, pero no cuando el contactado sea menor de 16 años, remita las imágenes sexuales que remita.

¹³⁶STS 823/2015, de 24 de febrero y STS 422/2018, de 15 de febrero, entre otras.

pretende el legislador es proteger el derecho de los menores al desarrollo de su personalidad, de su libertad sexual futura y de su indemnidad sexual, antes de que pueda verse truncada¹³⁷. Y la mera solicitud de imágenes o materiales pornográficos, sean del tipo que sean, producen de por sí, una intromisión en el normal y libre desarrollo de la sexualidad del menor y lesionan el bien jurídico que se trata de preservar.

Por ello, para que se perfeccione el delito no es preciso que el menor acceda a lo solicitado o que el autor consiga el material pornográfico que pretende, el contacto por los medios indicados y el intento de engaño, ya perfeccionan este delito de embaucamiento de menores de dieciséis años por medio de tecnologías de la información y de la comunicación. No obstante, se podría plantear la duda de si el delito admite o no la tentativa, o si su comisión puede entenderse como unos actos preparatorios punibles de un delito de acoso, exhibicionismo, corrupción o cualquier otro delito sexual contra menores, o, por el contrario, debe concebir como un delito consumado.

Aborda esta cuestión ORTS BERENGUER planteándose qué sucedería si se considerase esta conducta como una tentativa, o si se hiciese como un acto preparatorio de otro delito sexual¹³⁸.

Si los actos del 183 ter.2 CP pudiesen entenderse realizados en tentativa, sería preciso que existiese un contacto en el cual, el autor, por alguno de los medios enumerados en el ordinal, hubiese intentado embaucar a un menor de dieciséis años y hubiese solicitado material o imágenes pornográficas, sin haberlas conseguido. Pero esta circunstancia a su vez es la propia consumación del delito puesto que el texto del precepto sanciona claramente el acto de contactar con un menor de 16 años y realizar actos dirigidos a embaucarle, sin indicar en modo alguno que sea preciso que se consiga, así que considero que en este delito no cabe la tentativa¹³⁹. El intento de embaucar a un menor de dieciséis años para que facilite material o imágenes pornográficas consume el delito siempre que pueda haber existido un mínimo riesgo de afectación del bien jurídico protegido.

Por el contrario, si se contacta con un menor y se solicitan materiales o imágenes pornográficas, pero sólo como forma de ganarse su confianza y conseguir entablar amistad con él, para después realizar acciones constitutivas de delitos de corrupción, acoso,

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit., págs. 191 y ss.

¹³⁸ ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit. pág. 230.

¹³⁹ SAP Z 1631/2015, de 20 de julio, Sección 1ª, número de recurso 24/2015, resolución 196/2018, ponente Dña. María Soledad ALEJANDRE DOMENECH.

agresión sexual o cualquier otro delito de naturaleza sexual (o de cualquier otra naturaleza), sí que pienso que constituye un acto preparatorio punible¹⁴⁰. Pero como el acto preparatorio pertenece a la fase interna, y no a la externa o ejecutiva del delito, lo principal sería averiguar la intención última del autor, su finalidad, lo que ha movido sus actos, ya que, si únicamente pretendía obtener imágenes o material pornográfico, habría cometido un delito del 183 ter.2 CP. Pero si sus intenciones hubiesen sido, por ejemplo, llegar a mantener un contacto sexual con el menor, el tipo penal saltaría del art. 183 ter.2 al 183 ter.1 CP¹⁴¹, igual que si hubiese pretendido producir pornografía infantil, transformándose entonces al tipo del art. 189.1 CP¹⁴², así que, dependiendo de su intención, el ilícito evoluciona, o como ha denominado la jurisprudencia, se produce una “*progresión delictiva*”.

Y es que el delito del art. 183 ter.2 CP no tiene más recorrido, pues si el autor logra su objetivo y el menor le facilita el material o le muestra las imágenes que solicita, nos hallaríamos ante otro delito, un delito relativo a la explotación sexual o la corrupción de menores del 189 CP, como ya apuntaron el Consejo Fiscal¹⁴³ y el Consejo General del Poder Judicial¹⁴⁴ en sus informes, así como el Consejo de Estado a través del Dictamen al Anteproyecto de Ley¹⁴⁵. El artículo 183 ter.2 CP sanciona como delito autónomo y diferenciado una acción concreta realizada con una finalidad precisa, por lo que, si se realizan actos aún similares, con cualquier otra pretensión, el tipo ya no se perfecciona.

Pero, ¿un único intento, una única solicitud consuma el delito? Pues bien, la AP de Zaragoza, en su sentencia 1631/2015¹⁴⁶, de 20 de julio, así lo entendió. Sin embargo, tras un único contacto, ¿cómo demostrar que las intenciones del actor eran las de embaucar al menor? Interrogante que llevó a la AP de Granada, en sentencia 1483/2009¹⁴⁷ a absolver a

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Consejo Fiscal y Consejo General del Poder Judicial, y concordante con las opiniones de autores como ORTS BERENGUER, BOIX REIG, LAMARCA PÉREZ o ALONSO ESCAMILLA.

¹⁴¹ SSTs 823/2015, de 24 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 1774/2014, resolución 97/2015, ponente D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y 5809/2015, de 10 de diciembre, Sala de lo Penal, número de recurso 912/2015, resolución 864/2015, ponente D. Antonio DEL MORAL GARCIA.

¹⁴² SSTs 1055/2017, de 21 de marzo, Sala de lo Penal, núm. de recurso 1433/2016, resolución 174/2017, ponente D. Francisco MONTERDE FERRER y 4479/2017, de 30 de noviembre, Sala de lo Penal, número de recurso 10322/2017, resolución 777/2017, ponente D. José Ramón SORIANO SORIANO.

¹⁴³ Informe del Consejo Fiscal al texto remitido el día 18 de octubre de 2013, de fecha 8 de enero de 2013.

¹⁴⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial al texto remitido el día 18 de octubre de 2013, de fecha 16 de enero de 2013.

¹⁴⁵ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto del texto remitido el día 3 de abril, de fecha 27 de junio de 2013.

¹⁴⁶ SAP Z 1631/2015, de 20 de julio, Sección 1ª, número de recurso 24/2015, resolución 196/2018, ponente Dña. María Soledad ALEJANDRE DOMENECH.

¹⁴⁷ SAP GR 1482/2009, de 25 de mayo de 2009, Sección 1ª, número de recurso 112/2008, resolución 283/2009, ponente D. Pedro RAMOS ALMENARA.

un hombre, acusado y condenado en instancia por corrupción de menores¹⁴⁸, porque al haberse interceptado su acción tras una primera aproximación, no fue posible probar el ánimo específico del injusto requerido por el tipo penal.

Coincidiendo con la SAP de Zaragoza, considero que la respuesta a la pregunta planteada sería sí. Una única solicitud consume el delito, si se puede probar que con dicha comunicación el autor pretendía embaucar al menor y obtener el aludido material.

No obstante, dicha prueba puede resultar de extrema dificultad, pues las nuevas tecnologías hacen que las posibilidades del autor de conseguir su objetivo aumenten y que las probabilidades su identificación y detención disminuyan¹⁴⁹, así que se me antoja más, un problema de prueba, que de acción.

5. Autoría y participación

Por lo que respecta a la autoría y participación, se ha hecho referencia ya a la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que habla del autor como “*un adulto*”, y a la redacción actual del art.183 ter.2 CP que en lugar de un adulto cita a “*el que*”, lo que comporta una consecuencia nada anodina.

Al referirse el CP a “*el que*”, las implicaciones de la conducta descrita en este artículo podrían ser imputadas a un menor de edad que solicite imágenes pornográficas de otro menor de su misma edad; acto que puede no tener otra intención más que “*el descubrimiento de la sexualidad en dichas edades*”. Además del hecho de que, como se ha expuesto, no puede entrar en juego la exoneración del art. 183 quater por resultar incompatible la acción del embaucamiento con la de un consentimiento libre. Sin embargo, y debido a que las acciones punibles se han de realizar a través de nuevas tecnologías, es indudable que, en el juego del embaucamiento podrían participar varias personas.

Imaginemos, por ejemplo, un grupo de *WhatsApp* de varios miembros (uno de ellos menor de 16 años), si durante las conversaciones que se realicen, los otros miembros del grupo tratan de engatusar al menor para que facilite imágenes o vídeos pornográficos propios o de otros adolescentes, nos encontraríamos ante una pluralidad de autores y una víctima. Un caso de coautoría en la realización del embaucamiento al menor en el que se

¹⁴⁸ Obsérvese que, a fecha de la sentencia, el Código Penal vigente incluía las modificaciones realizadas por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y no incluía aún ninguna referencia al embaucamiento.

¹⁴⁹MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit. pág. 215.

podría plantear el problema de determinar quién, o cuál, ha sido el comentario determinante que ha hecho “ceder” a la menor o que ha logrado “embaucarla”.

La duda se resuelve mediante las reglas generales de autoría y participación (art. 28 CP), siendo lo relevante para determinar los distintos roles¹⁵⁰, cuál de los mensajes enviados, ha sido el determinante para lograr persuadir al menor.

Pero si en dicho grupo tan sólo participan menores de 16 años que se intercambian imágenes (lo que cada vez es más habitual en la sociedad actual en la que los adolescentes suben a la Red fotografías o vídeos con conductas sexualizadas, videos o imágenes eróticas, de desnudos, mostrando sus genitales, o incluso manteniendo relaciones sexuales, con toda seguridad desconocedores de la peligrosidad que entraña), como señala la Fiscalía en su Informe al Anteproyecto¹⁵¹, la intervención penal para evitarlo sería más contraproducente que beneficiosa, por suponer un límite al desarrollo de su sexualidad, más que una protección.

De esta manera dicha conducta, pese a que pueda ser penalmente relevante, desde un punto de vista político-criminal se propone que sea considerada atípica (al igual que las cometidas entre adultos), a fin de garantizar el libre ejercicio y desarrollo de la sexualidad de los adolescentes.

6. Concursos

Como hemos visto al analizar el artículo 183 ter.2 CP, el tipo delictivo se perfecciona con la sola comisión de la acción de contactar, por medio de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, con un menor de dieciséis años y con la realización de actos tendentes a embaucarle para conseguir de él que le facilite materiales pornográficos o que le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

Por lo que no es preciso que se consiga obtener las imágenes o el material solicitado para que el delito se entienda consumado.

¹⁵⁰ Con algunos matices, SAP M 10925/2018, de 11 de abril, Sección 6ª, número de recurso 1191/2018, resolución 275/2018, ponente D. Julián ABAD CRESPO.

¹⁵¹ Vid. Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica 1/2015 del Consejo Fiscal.

Es más, de lograrlo, nos encontraríamos ante un “concurso de normas”¹⁵², pues al hacerse el autor con el material o las imágenes pornográficas solicitadas al menor, se perfeccionaría la acción que sanciona el art. 189.5 CP, la “*adquisición y posesión de pornografía infantil para el uso propio*” o el art. 189.1 CP, si lo es para el uso ajeno.

Es decir, tras haber iniciado y ejecutado todos los actos que se indican en el art. 183 ter.2 CP, al conseguirse la pretensión intentada, el delito muta en otro diferente, y se produce lo que la jurisprudencia denomina “*progresión delictiva*”.

Esta progresión del delito ha de entenderse querida por nuestro legislador, puesto que el apartado segundo del artículo no incluye ninguna regla concursal¹⁵³ como sí que introduce el apartado primero al indicar que, en dicho caso, “*las penas se impondrán sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. Su omisión ocasiona que cuando se da la aludida progresión del delito y el hecho puede llegar a ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, se deba acudir a las reglas sobre los concursos de normas del art. 8 CP para dirimir la cuestión, pues de lo contrario se incurriría en *bis in ídem*, sancionando dos veces la misma conducta o motivo de agravación¹⁵⁴.

Por lo que se puede concluir que, en este caso, “*el tipo del 183 ter.2 CP no deja de ser una tentativa del delito de pornografía infantil y por el principio de consunción del art. 8.3 CP*¹⁵⁵, *si el autor del embaucamiento del 183 ter.2 logra su objetivo, comete el delito del 189.5 CP*”¹⁵⁶. (Pareja situación se produciría si una vez iniciados los actos del art. 183 ter.2, se pretende, una vez engatusado el menor, lograr un acercamiento físico, el delito progresaría del 183 ter.2 al 183.1 CP)¹⁵⁷.

¹⁵²DOVAL PAÍS, A. y ANARTE BORALLO, E. “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad” en *Diario La Ley*, núm. 8744, 19 de abril de 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5422263> último acceso 3 de diciembre de 2018.

¹⁵³LUZÓN CUESTA, J.A. “Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en J.A. Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 112.

¹⁵⁴ Vid. Fundamento de Derecho Decimosegundo, párrafo séptimo, STS 2599/2015, de 28 de mayo, en relación con las STS 2092/2014, de 26 de mayo, Sala de lo Penal, número de recurso 11023/2013, resolución 411/2014 y STS 2905/2014, de 30 de junio., Sala de lo Penal, número de recurso 10095/2014, resolución 553/2014, ambas con el mismo ponente, D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON.

¹⁵⁵ Se analizará al respecto, la STS 823/2015 155, de 24 de febrero, en la que se plantea un concurso de normas entre los arts. 183 bis y 187.1 y 2 CP.

¹⁵⁶DOLZ LAGO, M.J. “Child grooming y sexting: Anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015” en *Diario La Ley*, núm. 8758, 10 de mayo de 2016, disponible en <https://elderecho.com>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

¹⁵⁷ STS 5809/2015, de 10 de diciembre, Sala de lo Penal, núm. de recurso 912/2015, resolución 864/2015, ponente D. Antonio DEL MORAL GARCIA.

Por los mismos motivos, resulta igualmente difícil que pueda apreciarse un “concurso de delitos” entre éste y cualquier otro delito sexual, pues el 183 ter.2 CP es un ilícito de muy corto recorrido que prontamente sobrepasado. Advirtámoslo con ejemplos de ilícitos con los que pudiera parecer que entren a concursar:

- Abusos sexuales (art. 183 bis CP): Si la pretensión del autor es embaucar al menor para lograrse su confianza, y tras ello, abandonando la excusa de obtener materiales o imágenes pornográficas, busca su acercamiento para hacerle participar en actos sexuales, o para hacérselos presenciar, lo que se termina cometiendo es una tentativa de “*Abusos sexuales a menores de dieciséis años*”, que según las reglas del art. 8 CP, haría que el juzgador se decantase por sancionar conforme al 183 bis CP, por tener una pena más grave.
- Elaboración de material pornográfico (art. 189.1 CP): Si se pretende embaucar a un menor de 16 años para que facilite material pornográfico con la intención de elaborar pornografía, pese a que los actos se inician como un embaucamiento, al conseguir el autor las imágenes del menor, el delito cambiaría al 189.1 CP, pues su obtención no sería para consumo propio, sino para elaborar el indicado material pornográfico y lucrarse con ello.
- Descubrimiento de datos sensibles que afectan a persona especialmente protegida (art. 197.5 CP): Si se accede a material pornográfico de un dispositivo electrónico de un menor mediante un sistema informático intrusivo, no se perfeccionaría el 183 ter.2 CP, pues faltaría el elemento del tipo del embaucamiento, ya que en este caso el menor no ha sido engañado, ni ha tenido por qué percatarse de la intrusión.
- Revelación de secretos (art. 197.7 CP): Si en lugar de acceder, lo que se hace es difundir, revelar o ceder los datos del menor que voluntariamente ha facilitado, menoscabando gravemente su intimidad, pese a haber sido obtenidos con la anuencia del mismo, lo que se comete es un delito de “*revelación de secretos*”. Es importante diferenciar el tipo de cesión, pues en el “*sexting voluntario*” se facilitan libremente imágenes o materiales pornográficos propios, pero no se otorga el permiso para difundirlos, mientras que en el delito de “*sexting mediante embaucamiento*”, la voluntad del menor se encuentra viciada por el error o el engaño. Si se comete tras la cesión voluntaria, se perfeccionaría un único delito del 197.7 CP, y si se comete tras la obtención de las imágenes mediante el embaucamiento, habría un concurso de delitos, pero no entre el 183 ter.2 CP y el 197.7 CP, puesto que el primero ya habría mutado a un ilícito del 189.5 CP, por lo tanto, el concurso sería entre ambos, 197.7 y 189.5 CP.

Todo ello lo veremos mejor al analizar la jurisprudencia existente al respecto.

7. Penalidad

En cuanto a la penalidad en la jurisdicción ordinaria, el legislador prevé para el autor del este delito es una pena de prisión de seis meses a dos años, teniendo por tanto este delito la consideración de delito menos grave con arreglo a los art. 33.3 a) y 13.2 CP.

Se trata de una pena única de prisión, que no admite sustitución alguna, y que tampoco va acompañada de pena alternativa de multa, como sí hace el apartado primero del art. 183 ter CP.

A este respecto, RAMOS VÁZQUEZ plantea la posibilidad de que dicha exclusión de la pena de multa pudiera ser coherente con el hecho de que se pudiese considerar al primer apartado del artículo 183 ter CP como un acto preparatorio de una acción relacionada, bien con la pornografía de menores, bien con una agresión o abuso sexual a menores. Y que como en el apartado segundo no se exige una propuesta de encuentro, ni que ejecuten actos materiales tendentes a conseguirlo, tratándose de una conducta finalista, en teoría, la conducta típica del apartado primero merece menor pena porque *“su potencial lesividad para los bienes jurídicos de los menores es inferior”*¹⁵⁸.

Ahora bien, este entendimiento lleva a la paradójica situación de que la persona que contacta con un menor y que realiza actos tendentes a encontrarse con él con la intención de agredirle sexualmente puede *“saldar su deuda”* pagando una multa, mientras que quien sólo intenta embaucarle sin lograrlo, pero en ningún momento persigue abusar físicamente de él, recibe de manera obligatoria una pena de prisión. Esta situación no parece ser concordante con el planteamiento general de este tipo de delitos y, hace surgir la duda de si tal regulación se ajusta al principio de proporcionalidad de las penas¹⁵⁹.

Junto a la pena de prisión, el artículo 192 CP prevé también la imposición obligatoria de la medida de *“libertad vigilada”*. Su cumplimiento habrá de efectuarse con posterioridad a la pena privativa de libertad y su duración será de cinco a diez años, si alguno de los delitos por los que se ingresó en prisión fuese grave y de uno a cinco, si lo hubiesen sido menos graves. Únicamente en caso de que el delito haya sido cometido por un delincuente primario, y atendiendo a su menor peligrosidad, queda como potestad del Juzgador, su imposición.

¹⁵⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Política criminal...*, ob. cit. pág. 178.

¹⁵⁹ LAMARCA PÉREZ, C. “Delitos contra la libertad...”, ob. cit. págs. 200 a 202.

Asimismo, el apartado segundo del citado precepto establece la agravación de la pena, en los casos en que los autores o cómplices del delito sean ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada del menor, ya sea de hecho o de derecho. Y permite imponer, tanto a los autores como a los cómplices, la privación de la patria potestad, o la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como la inhabilitación para el empleo de cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, a los responsables que tuvieran al menor a su cargo. Inhabilitación que será obligatoria si el empleo, profesión u oficio ejercido por el autor o los cómplices conllevasen un contacto regular y directo con menores.

Por último, como previsión depuradora de la responsabilidad civil, el art. 193 CP establece que en la sentencia condenatoria se ha de hacer mención a la situación en que quedará la filiación de los menores, al importe de la pensión alimenticia para con ellos (si procediese) y al montante de la compensación por responsabilidad civil correspondiente, que habrá de ser determinado en atención a la gravedad de las secuelas psicológicas de la víctima, las posibles secuelas físicas, y en general, por los daños y perjuicios causados (art. 109 CP), tanto al menor, como a sus familiares o terceros (art. 113 CP). En este sentido, los Jueces y Tribunales, fijarán razonadamente, el quantum de las indemnizaciones que se han de satisfacer (art. 115 CP), para lo cual, será de vital importancia el resultado que arrojen los distintos dictámenes médicos sobre al grado de victimización del menor¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Para clasificar la grado de victimización, e impulsada desde organismos internacionales como la Comisión Europea, INTERPOL o ECPAT (Acrónimo de *End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes*, Acabar con la Prostitución Infantil, la Pornografía Infantil y el Tráfico de Niños con fines Sexuales), se viene empleando la conocida “*Escala COPINE*”, que fue creada por el Departamento de Psicología de la Universidad irlandesa de Cork en 1997 que, pese a que tuvo en principio una finalidad terapéutica que trataba de categorizar la gravedad de las imágenes de abuso sexual infantil para establecer las pautas precisas para su tratamiento, tras su utilización por la Unidad de Pedofilia de la Policía metropolitana de Londres se adaptó para que sirviese a los investigadores policiales para establecer la gravedad de las agresiones. Establece 10 niveles, 1) Indicativa: Imágenes no sexuales ni eróticas en las que se ven niños en ropa interior o baño, 2) Nudista: Niños desnudos o semidesnudos en posiciones apropiadas, 3) Erótica: Fotografías tomadas ocultamente de niños en ropa interior o baño, 4) Posado: Niños posando deliberadamente vestidos, semidesnudos o desnudos, 5) Posado erótico: Niños posando deliberadamente vestidos, semidesnudos o desnudos con pose provocativa, 6) Posado erótico explícito: Áreas genitales de niños posando deliberadamente vestidos, semidesnudos o desnudos, 7) Actividad sexual explícita: Tocamientos, mutua y auto masturbación, sexo oral, coito entre niños, 8) Agresión: Tocamientos de niños con un adulto de por medio, 9) Agresión evidente: Penetración, sexo oral, masturbación con adulto de por medio y 10) Sádico/Bestia: Fotos de niños atados, golpeados, azotados e imágenes con animales y niños. La extensión de su uso permitirá unificar criterios a nivel global sobre la identificación de las conductas y orientará sobre la extensión de las sanciones a imponer, pues como se expone en el Informe-Resumen confeccionado por ECPAT e INTERPOL (con la cofinanciación por el Fondo de Seguridad Interior de la Unión Europea) “Hacia un indicador mundial de las víctimas no identificadas en materia de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes”, 2018, debe ser la utilizada para clasificar la gravedad de la amplia gama de victimización representada en el material de abuso sexual de las niñas, los niños y los adolescentes en línea, disponible en http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2018/02/ICARE-Summary-Report_SP.pdf, último acceso 18 de enero de 2019.

En relación a la penalidad aplicable a los menores será necesario atender a lo dispuesto por la Ley Orgánica 5/2000¹⁶¹, de 12 de enero, *reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante LORPM).

De este modo, el menor, autor del delito de embaucamiento podrá ser sancionado en atención a su edad, a sus circunstancias familiares y sociales, a su personalidad y su interés, con las penas del art. 7 LORPM¹⁶² y los límites de los arts. 9.3 y 10.1 LORPM¹⁶³.

Así, le serán de aplicación las reglas de los arts. 9.2 c) y 10.1 si el menor actuase al servicio de una banda, organización o asociación (pues el tipo delictivo no admite las figuras de los apartados a) y b) del art. 9.2 LORPM por no tratarse de un delito grave o de un delito de los que en su ejecución se pueda emplear violencia o intimidación en las personas o que genere grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas), y las del art. 9.3 LORPM en caso contrario.

No obstante, en todo caso el Juez de menores, oídas las partes y sus peticiones de pena, podrá adoptar las medidas que estime más convenientes a los intereses del menor sin tener que sujetarse a dichas solicitudes¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>

¹⁶² Las medidas del art. 7 LORPM, por orden según la restricción de derechos, son a) Internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, b) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto, c) Tratamiento ambulatorio, d) Asistencia a centro de día, e) Permanencia de fin de semana, f) Libertad vigilada, g) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares o con quien el Juez determine, h) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, i) Prestaciones en servicio de la comunidad, j) Realización de tareas socioeducativas, k) Amonestación, l) Privación del permiso de conducir, de obtenerlo o de obtener un permiso de armas y m) Inhabilitación absoluta.

¹⁶³ Los límites de los arts. 9.3 y 10.1 LORPM son, a) En caso de no actuar el menor al servicio de una banda, organización o asociación, la duración de la medida (que no podrá consistir en el internamiento en régimen cerrado por imperativo del art. 9.1 LORPM) no podrá exceder de 2 años, si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad dicho máximo será de 100 horas y de 8 fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana, b) En caso de actuar el menor al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, las penas (que ahora si incluirían el internamiento en régimen cerrado) se agravan, así si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 14 o 15 años de edad, la medida podrá alcanzar 3 años de duración, si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de 150 horas, y de 12 fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana y si tuviere 16 o 17 años de edad, la medida podrá alcanzar 6 años de duración, o si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de 200 horas, y de 16 fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

¹⁶⁴ Notorias son las sentencias del Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Menores de Granada, D. Emilio CALATAYUD PÉREZ, condena a un joven que robo en una peluquería a matricularse en un curso de estilismo para poder cortar el pelo al propio Juez, a un joven que conducía borracho a visitar un centro de paraplégicos y hablar con ellos durante 24 horas o impartir 100 horas de clases de informática a un joven hacker, son algunas de ellas.

8. Reglas procesales

Para perseguir este delito, como en todos los del Título VIII, del Libro II del CP, se precisa la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal, o querrela del Ministerio Fiscal, salvo si la víctima es menor de edad, caso en el que bastaría con la denuncia del Ministerio Fiscal.

Esta precisión que realiza el artículo 191 CP configura a los delitos del Título VIII como delitos semipúblicos (o semiprivados), los cuales pueden ser perseguidos a instancia de terceras personas o del Ministerio Fiscal siempre que la persona agraviada haya denunciado o se haya querrellado previamente (salvedad hecha, como se ha indicado supra, de las víctimas menores), sin que un posterior perdón del ofendido, o de su representante legal, extingan ni la acción, ni la responsabilidad penal.

De esta manera, existiendo una “*notitia criminis*”, por una información o confidencia, por ser de notorio conocimiento, por flagrancia en su comisión, o por averiguaciones en operación policial, trasladando dichas sospechas al Ministerio Fiscal, tras su denuncia, se podrá perseguir pese a que los padres o tutores del menor no lo quieran, todo ello, para salvaguardar el interés superior del menor.

Actualmente, tanto el Grupo de Delitos Telemáticos (GDT) de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil¹⁶⁵, como la Brigada Central de Investigación Tecnológica (BIT) de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de Policía Nacional¹⁶⁶, mantienen un contacto directo con las Fiscalías de Criminalidad Informática¹⁶⁷ y de Menores¹⁶⁸, disponen de personal que de forma permanente busca en la Red indicios de la comisión de este tipo de delitos, y ofrecen un contacto sencillo y anónimo para que los menores, quienes se sientan acosados o quienes puedan tener conocimiento del hostigamiento o embaucamiento de terceros, puedan denunciarlo^{169 y 170} o comunicarlo^{171 y 172}.

¹⁶⁵https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home_alerta.php

¹⁶⁶https://www.policia.es/org_central/judicial/udef/bit_quienes_somos.html

¹⁶⁷https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal_especialista/criminalidad_informatica/

¹⁶⁸https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/fiscal_especialista/menores/

¹⁶⁹http://www.guardiacivil.es/es/servicios/denuncias/denuncia_electronica/index.html

¹⁷⁰<https://denuncias.policia.es/OVD/>

¹⁷¹<http://www.guardiacivil.es/es/colaboracion/index.html>

¹⁷²<https://www.policia.es/colabora.php>

Y para finalizar, como cierre a la protección que el ordenamiento español ofrece a los menores, víctimas de un delito, la Ley 4/2015¹⁷³, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, trata de ofrecer una respuesta lo más amplia posible, en los ámbitos jurídico y social, para reparar el daño físico, el perjuicio económico causado y para minimizar los posibles efectos traumáticos que se puedan llegar a padecer.

El Estatuto de la Víctima traspone al ordenamiento interno, en la parte que afecta a la víctima del delito, las Directivas de la Unión Europea 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo y 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Y unifica en un único texto el elenco de derechos de la víctima, para lo que, partiendo de un concepto amplio del concepto de víctima, independiente del delito o del perjuicio físico, moral o material causado, de si se trata de una víctima directa, indirecta, o de un familiar o asimilado y sin discriminar por razón de nacionalidad, residencia legal o ilegal, o edad, establece unas normas de actuación con ellas¹⁷⁴.

¹⁷³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

¹⁷⁴ El artículo 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece ciertas medidas de protección para los menores y para las personas especialmente vulnerables que necesiten una protección especial, tales como la toma de declaración en un lugar que esté adaptado a su edad, que la misma sea realizada por profesionales con una formación específica a fin de reducir los posibles perjuicios que le pudiera suponer, que se ha de intentar que el menor siempre que declare lo haga ante la misma persona, que todas esas declaraciones se graben para que no tengan que volver a repetirse ante los distintos operadores jurídicos (lo cual victimizaría aún más a la víctima) y que en caso de que sus padres o representantes legales pudieran tener un conflicto de intereses con el menor, le sea designado un defensor judicial.

IV. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

1. Objetivos

El objetivo de este análisis jurisprudencial se cifra en averiguar los principales problemas aplicativos del delito de embaucamiento del art. 183 ter 2 CP y, en particular, sus relaciones concursales con otros ilícitos sexuales –sobre todo corrupción de menores.

2. Metodología

Para dicho análisis, se han recopilado las escasas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y por distintas Audiencias Provinciales, que versan sobre lo que, en la actualidad y tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (aplicable desde el 1 de julio de 2015) se tipificarían como delito de embaucamiento de menores, con fines sexuales, por medios telemáticos¹⁷⁵.

Su reducido número es debido, por una parte, a la reciente incorporación a nuestra norma punitiva del tipo penal del art. 183 ter.2 CP (en vigor desde el 1 de julio de 2015 y motivo por el cual se han venido a analizar ciertos delitos que, al guardar similitud con el estudiado, han sido los precedentes en la salvaguarda de su bien jurídico protegido), y por otra, a que tras las últimas reformas penales habidas (que han venido endureciendo el tratamiento criminal de estas conductas para contemplar todas las agravantes posibles y así tratar de infundir una idea moralizante en la sociedad), se ha abocado a que se haga preciso extremar la atención en su identificación para no incurrir en un "*bis in ídem*", sancionando doblemente una misma acción, una como conducta propia y otra como agravante¹⁷⁶.

Ello ha originado la observancia de una "*progresión del delito*", y que actuaciones que se iniciaron como ilícitos penales de embaucamiento de menores con fines sexuales, acaben enjuiciándose como pornografía, acoso, abusos o agresiones sexuales.

¹⁷⁵ De las analizadas, sólo la SAP MA 506/2017, de 3 de mayo, cuyo ponente es D. Manuel CABALLERO-BONALD CAMPUZANO, encausa hechos ocurridos con posterioridad al día 1 de julio de 2015.

¹⁷⁶ Vid. Fundamento de Derecho Decimosegundo, párrafo séptimo, STS 2599/2015, de 28 de mayo, en relación con las STS 2092/2014, de 26 de mayo, Sala de lo Penal, número de recurso 11023/2013, resolución 411/2014 y STS 2905/2014, de 30 de junio., Sala de lo Penal, número de recurso 10095/2014, resolución 553/2014, ambas con el mismo ponente, D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON.

Por ello se pretende articular este estudio, presentando en inicio la tipificación de los delitos por los cuales se instruyeron los procedimientos en primera instancia y sus sanciones. Se seguirá mostrando los motivos que fundamentaron los recursos que fueron interpuestos contra aquéllas (que como se podrá observar, tan sólo dos prosperaron¹⁷⁷, por apreciar un *bis in ídem* en una de las sentencias recurridas, y por no apreciar la consumación de uno de los delitos por el cual se había procedido a condenar en instancia, en otra) y se concluirá con la exposición de las resoluciones que adoptó el Tribunal Supremo.

Y antes de su empuje, se hace especial referencia a la fecha de inicio de los actos enjuiciados en las sentencias objeto de estudio, todos ellos anteriores a la última reforma del Código Penal que introducía el art. 183 ter.2 y punía con ello, este “*engañoso nuevo delito*”: el delito de embaucamiento de menores de 16 años.

3. Sentencias analizadas

A día de la fecha, no se ha dictado por el Tribunal Supremo ninguna sentencia por la cual se condene por la comisión del delito concreto del artículo 183 ter.2 CP (lo cual es comprensible puesto que no han llegado al mismo recursos de sentencias dictadas sobre hechos acaecidos con posterioridad al 1 de julio de 2015), siendo siete las ocasiones en las que se han dictado sentencias condenando por el antiguo delito del artículo 183 bis CP (actual 183 ter.1 CP). Y es que el precepto es tan novedoso que, de hecho, tan sólo han sido once las ocasiones en las que las Audiencias Provinciales han sancionado en base al artículo 183 ter.2 CP (contra siete de las cuales se interpusieron los recursos que se analizan)

Así pues, teniendo presente la presunción legal establecida sobre “*la falta de validez del consentimiento del menor*”, siendo conscientes de la caución exigible en la tipificación de los hechos delictivos y advirtiéndolos los posibles problemas concursales por la similitud de ilícitos, se pasa a analizar en primer lugar las seis sentencias relacionadas con el “*online child sexting*” dictadas por nuestro Tribunal Supremo.

¹⁷⁷STS 692/2017, de 22 de febrero, Sala de lo Penal, núm. de recurso 10439/2016, resolución 109/2017, ponente D. Alberto GUMERSINDO JORGE BARRIERO y STS 422/2018, de 15 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 503/2017, resolución 83/2018, ponente D. Luciano VALERA CASTRO.

1) STS 823/2015¹⁷⁸, de 24 de febrero, ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En esta sentencia se ofrece una visión muy ilustrativa de la naturaleza del delito del embaucamiento de menores, tratándolo desde el punto de vista de la anterior regulación penal, y considerándolo como un acto preparatorio de un posible delito de abuso sexual, a la vez que como un acto ejecutivo del nuevo delito de ciberacoso.

Se enjuiciaba la conducta seguida por una persona que, tras contactar con menores por medio de *Tuenti*, *Facebook* y *Twitter*, quedó con ellos en varias ocasiones con la pretensión de mantener encuentros sexuales.

Revela que el derecho penal adelanta las barreras de protección de los menores, y castiga lo que realmente es un acto preparatorio de unos abusos sexuales a menores de trece años, como un delito autónomo. Dicho acto preparatorio pertenece a la fase interna del delito, y es pacífico entender que la fase interna de un delito carece de relevancia penal. Pero en el caso concreto de la protección de la indemnidad sexual de los menores, el legislador ha considerado de forma expresa que *“las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza”*. Y es que la naturaleza del delito es la de peligro, por lo que no se debe estar sólo a la lesión que causa, sino al comportamiento peligroso para el bien jurídico protegido. El tipo del delito del 183 bis es claro, actos materiales encaminados al acercamiento de un menor, así, con la realización de dichos actos el delito se consuma¹⁷⁹.

Expuesto lo anterior, se esclarece el posible concurso¹⁸⁰ entre las figuras delictivas de los arts. 183 bis y 187.1 y 2 CP. Se recuerda que el propio art. 183 bis *“establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del art. 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos”*.

Pero para un sector de la doctrina, los actos preparatorios de estos delitos han de ser castigados como esos mismos delitos en grado de tentativa, aplicándose la regla de la alternatividad del art. 8.4 CP si la aplicación del art. 183 bis privilegia la respuesta penal frente su aplicación en tentativa¹⁸¹.

¹⁷⁸ STS 823/2015, de 24 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 1774/2014, resolución 97/2015, ponente D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

¹⁷⁹ Vid. Fundamento de Derecho Primero 1º, párrafos once a catorceavo, STS 823/2015, de 24 de febrero.

¹⁸⁰ Expone como ejemplos del distinto caso del concurso ideal de delitos la STS 7456/2005, de 5 de diciembre, la STS 7479/2006, de 29 de noviembre y STS 7808/2009, de 30 de diciembre.

¹⁸¹ Vid. Fundamento de Derecho Primero 2º, párrafo tercero, STS 823/2015, de 24 de febrero.

En atención a ello, el juzgador consideró la existencia de un “concurso de normas”¹⁸², y que, por consiguiente, debía aplicar el precepto penal más grave.

Asume la posibilidad de un concurso real de delitos entre el 183 bis (que “*sanciona conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia*”), y los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 CP (que castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil), si llegan a efectuarse, en virtud del art. 73 CP. En cambio, no lo considera con respecto del 187 CP, pues este implica una remuneración o promesa que no contempla el art. 183 CP, “*por lo que aquel debe ser aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse*”¹⁸³.

Analiza también los elementos objetivos del tipo, que la Ley configura como un tipo mixto acumulado, exige la existencia de un contacto efectivo con el menor iniciado por medios tecnológicos, una pretensión de encuentro y la determinación de contactar físicamente con el menor y la realización de actos materiales tendentes a consumir el acercamiento. Actos todos que se dejan a la prudente valoración del juzgador.

2) STS 5809/2015¹⁸⁴, de 10 de diciembre, ponente D. Antonio del Moral García

Recogiendo la fundamentación jurídica de la anterior, identifica los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de peligro concreto, y aplica el art. 8.4 CP por apreciar un “*concurso de normas*” entre los anteriores 183.1 y 183 bis.

Se encausaba un presunto acoso sexual, por medios telemáticos, a dos menores que desembocó en el abuso sexual de una de ellas. La Sala estimó que habiendo un mismo bien jurídico protegido y siendo el delito de ciberacoso a menores un delito de peligro y el de abuso sexual un delito de lesión, pese a contemplarse en el art. 183 bis la posibilidad de poder sancionar concursalmente ambos preceptos, lo procedente era aplicar el art. 8.4 CP y sancionar el delito más grave.

¹⁸² Se recuerda en la sentencia, la STS 2222/2013, de 17 de abril, para ilustrar sobre la unidad valorativa frente al hecho cometido que implica el concurso de normas.

¹⁸³ Vid. Fundamento de Derecho Primero 2º, párrafo noveno, STS 823/2015, de 24 de febrero.

¹⁸⁴ STS 5809/2015, de 10 de diciembre, Sala de lo Penal, número de recurso 912/2015, resolución 864/2015, ponente D. Antonio DEL MORAL GARCIA.

Consideró la Sala, que no procedía condenar por ambos preceptos para evitar un *bis in ídem*, y entendió que los abusos sexuales ocurridos tras un acercamiento por medios telemáticos absorben el delito del contacto con fines sexuales.

El delito de contacto “virtual” con menores, por medio de Internet, teléfono o nuevas tecnologías queda absorbido por el contacto “físico”, en lo que se denomina “*progresión delictiva*”¹⁸⁵, así, el delito de riesgo quedó absorbido por el delito de resultado.

3) STS 4179/2015¹⁸⁶, de 22 de septiembre, ponente D. Andrés Martínez Arrieta

Colacionando la primera de las sentencias, lo que aquí se dirimía es la procedencia de un recurso de un condenado por el art. 183 bis CP, que aprovechó el anuncio de una menor que se ofrecía a trabajar “*de lo que sea*”, para intentar un acercamiento sexual.

Se entendió que el delito de ciberacoso, pese a tener por objetivo lograr el acercamiento a un menor es, en sí, un delito autónomo que trata de adelantar la barrera de protección de los menores frente a estos individuos. No se trata de “*un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años*”, sino que realmente es “*un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio*” y que, pese a que participa de su naturaleza, con la sola intención de cometer un abuso sexual a un menor de 13 años, se puede considerar que la conducta típica se perfecciona¹⁸⁷.

4) STS 692/2017¹⁸⁸, de 22 de febrero, ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barriero

Tras recurso contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, en la que se condenaba a un hombre a 2 años de prisión por la comisión de un delito de *child grooming* y a otros 8 años más por otro delito de agresión sexual agravada a una menor, por contactar con ella por medio de Internet y lograr llevarla a un Hotel donde la abusó sexualmente, se vuelve a tratar el concurso de delitos.

Se alegó por su defensa, la vulneración de la presunción de inocencia, al no haberse practicado en plenario prueba de cargo bastante para acreditar su culpabilidad y “error de tipo”, por creencia errónea de la edad de la menor (la edad de consentimiento sexual era 13

¹⁸⁵ Vid. Fundamento de Derecho Primero, párrafo 5º, STS 5809/2015, de 10 de diciembre.

¹⁸⁶ STS 4179/2015, de 22 de septiembre, Sala de lo Penal, número de recurso 294/2015, resolución 527/2015, ponente D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA.

¹⁸⁷ Vid. Fundamento de Derecho Primero, STS 4179/2015, de 22 de septiembre.

¹⁸⁸ STS 692/2017, de 22 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 10439/2016, resolución 109/2017, ponente D. Alberto GUMERSINDO JORGE BARRIERO.

años en el momento de los hechos). Rechazando ambos, pero aprovechando el recurso, la Sala entró a dirimir sobre una cuestión no alegada ni por la parte recurrente ni por la acusación pública: el principio de legalidad penal desde la perspectiva de la prohibición del “*bis in ídem*”. Tras analizar varias resoluciones del Supremo, concluye que existe un *concurso de normas* que se ha de dirimir conforme al *principio de consunción* del art. 8.3 CP, sin descartar la aplicación del *principio de subsidiariedad* del art. 8.2 CP¹⁸⁹.

Entiende el Tribunal, que lo que se inició como un delito de *child grooming*, al lograrse un contacto físico con el menor, ha de sancionarse como un único delito de agresión sexual agravada, en lugar de como un concurso de delitos, y lo motiva indicando que el contacto previo, “*delito de peligro*”, queda englobado en la conducta posterior, “*delito de lesión*”. Modifica la sentencia recurrida, absolviendo al acusado del delito de ciberacoso a menor de 13 años con fines sexuales y manteniendo la condena por un delito de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, para no incurrir en “*bis in ídem*”.

5) STS nº 1055/2017¹⁹⁰, de 21 de marzo de 2017, ponente D. Francisco Monterde Ferrer

En recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que se condenaba al acusado por dos delitos de utilización de menores de trece años para la elaboración de material pornográfico y seis delitos de utilización de menores de edad para el mismo fin, tras haber quedado probado que el actor contactó con 8 menores, de entre 11 y 14 años, por medio de *Twitter* y *WhatsApp* y les solicitó fotografías desnudas o en ropa interior, se alegó la aplicación indebida del art. 189.1 a) y 3ª) y quebrantamiento de forma del art. 851.2 LECrim por causarle indefensión que los hechos probados fuese idénticos a los formulados por el Ministerio Fiscal.

Despachada en forma negativa la segunda de las alegaciones, la Sala entró a valorar la aplicación de los preceptos infringidos.

Comienza indicando que los hechos de autos ocurren en julio de 2013, fecha en la cual ya había entrado en vigor la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, que elevaba el nivel de protección de las víctimas y trasponía la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y que castigaba la utilización de Internet y de las tecnologías de la

¹⁸⁹ Vid. Fundamento de Derecho 3º.3, párrafo sexto, STS 692/2017, de 22 de febrero, donde se analizan las resoluciones TS 97/2015, 864/2015 y 527/2015.

¹⁹⁰ STS 1055/2017, de 21 de marzo, Sala de lo Penal, número de recurso 1433/2017, resolución 174/2016, ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

información y la comunicación con fines sexuales contra menores de 13 años y que, lo por lo tanto, ya se encontraba en vigor el art. 183 bis CP que regulaba el *online child grooming*. Y que, con la misma trasposición, también quedó incorporada al CP la conducta sancionada en el art. 189.1, la captación de niños para la producción de pornografía.

Tras analizar el objeto de la captación de los menores, y compararlo con la tipificación del *online child sexting* introducido por la LO 1/2015, concluye que pese a que el nuevo art. 183 ter.2 CP castiga al que *"a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor"*, para un sector doctrinal, no deja de ser más que una tentativa del delito de pornografía infantil de menores del art. 189 CP. Y tras exponer que la doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística; considera correctamente aplicado el art. 189.1 a) CP, porque el actor, lejos de, simplemente observar, elaboró material pornográfico al editar y almacenar las imágenes que le fueron remitidas.

6) STS nº 4479/2017¹⁹¹, de 30 de noviembre, ponente D. José Ramón Soriano Soriano

Interpuesto recurso de casación por no haberse valorado correctamente la prueba y por la incorrecta aplicación del art. 185 CP (alegando que los hechos del art 183 bis quedaron subsumidos en el art. 183 CP), contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao en la que se condenaba por delitos de abusos sexuales a menores, aproximación a menor por medios tecnológicos, obtención de pornografía infantil, exhibicionismo y posesión de pornografía infantil, a un hombre que por medio de *Tuenti* y *WhatsApp* contactó con varias menores de edad, mantuvo conversaciones de contenido sexual con ellas y les envió ficheros con fotos y videos de sus órganos genitales, masturbándose y eyaculando y que solicitó así mismo, fotografías de los órganos sexuales de las menores.

¹⁹¹ STS 4479/2017, de 30 de noviembre, Sala de lo Penal, número de recurso 10322/2017, resolución 777/2017, ponente D. José Ramón SORIANO SORIANO.

El Supremo resolvió indicando que la conducta penada por el anterior art. 183 bis culmina en el tipo del art. 183 CP y que ambas conductas se encuentran conexas, siendo la primera el preámbulo de la segunda, un acto preparatorio dirigido a conseguir realizar un abuso sexual físico, y que ambas actuaciones son indivisibles, por lo que no se pueden sancionar de forma separada¹⁹². Pero haciendo mención del Pleno no jurisdiccional de la Sala, celebrado tras la sentencia del 8 de noviembre de 2017, del que salió la conclusión de que los delitos del art. 183 ter y 183 y 189 CP eran compatibles por añadirse a las conductas de agresión, abuso sexual y producción de pornografía infantil, el desvalor de la acción de aprovecharse de medios digitales. Sentenció que la relación entre el art. 183 ter CP (como acto preparatorio) y los arts. 183 y 189 CP (como actos de fin) era la de un *concurso real de delitos*, mereciendo cada uno su pena correspondiente.

7) STS 422/2018¹⁹³, de 15 de febrero, ponente D. Luciano Valera Castro

Tras la instrucción del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Moncada, la Audiencia Provincial de Valencia condenó al encausado como autor de cuatro delitos de captación para elaborar material pornográfico infantil y cuatro delitos de amenazas condicionales, aplicó las atenuantes de trastorno o anomalía psíquica, de reparación del daño y de confesión, e impuso cumulativamente la pena de libertad vigilada, la obligación de indemnizar a las víctimas y la imposición parcial de las costas del procedimiento.

Recurrida en casación al TS por entender la defensa que se habían aplicado indebidamente los arts. 189.1 y 189.3 a) CP con respecto de los menores de 13 años (no se captó a menores para elaborar material pornográfico, sino que sólo se intentó), expone el juzgador, que es indiferente que se capte o que se utilice a menores con dichos fines, pues la letra del artículo expresa, “*captare o utilizzare a menores de edad.... con fines.... pornográficos... o para elaborar cualquier clase de material pornográfico*”¹⁹⁴. También se alegó que uno de los menores tenía más de 16 años (pero dicho dato tampoco es óbice para su punición, pues aún continuaba siendo menor de edad) y, que el delito debía

¹⁹² Vid. Fundamentos de Derecho 3º.1, párrafo segundo, STS 4479/2017, de 30 de noviembre.

¹⁹³ STS 422/2018, de 15 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 503/2017, resolución 83/2018, ponente D. Luciano VALERA CASTRO.

¹⁹⁴ Vid. Fundamentos de Derecho 1º.2 (3), párrafo séptimo, STS 422/2018, de 15 de febrero.

considerarse como cometido en tentativa al no conseguirse las imágenes (no estaba en vigor aún la reforma del CP de 2015), sin embargo, todas estas pretensiones fueron desestimadas.

El acusado no sólo embaucó, sino que ideó una estrategia para infundir temor en las víctimas y así asegurar su objetivo, lo que supone un *“plus de antijuridicidad que extravasa la formalmente tipificada en el art. 183 ter.2”*¹⁹⁵.

Las dos últimas alegaciones fueron la aplicación indebida del art. 189.3 a) CP, porque la persuasión para obtener imágenes pornográficas no fue lo suficientemente eficaz como para conseguirlas, y la no estimación de la atenuante de dilaciones indebidas que se había alegado. La penúltima de las alegaciones fue estimada, no así la de dilaciones, pues el Tribunal, en un análisis del *“iter del proceso”*, argumentó y justificó las demoras del mismo sin encontrar culpa en el sistema judicial.

Así, estimado parcialmente el recurso de casación por entender que los actos por los que se condenó no fueron actos consumados, se redujeron las penas impuestas por los delitos de captación para elaborar material pornográfico infantil, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.

A continuación, se realiza un breve recorrido por las cuatro sentencias de las Audiencias Provinciales, no recurridas ante el TS, que se han pronunciado sobre la aplicación del art. 183 ter.2 CP:

1) SAP Z 1631/2015¹⁹⁶, de 20 de julio, ponente Dña. María Soledad Alejandre Domenech

En esta sentencia (la primera tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015) que se dictó tras seguirse procedimiento abreviado por un presunto delito relativo a la prostitución y corrupción de menores, se encausó a un hombre que estableció comunicación con una menor de 7 años de edad, vía *WhatsApp*, y le requirió para que *“se bajara la braguita y mostrara sus órganos genitales”*.

Por parte del Ministerio Fiscal se entendió que los hechos constituían un delito de utilización de menor de edad con fines pornográficos en el ámbito privado (art. 189.3 a) CP) en grado de tentativa, y subsidiariamente, de utilización de menores con fines pornográficos (art. 189.2 a) CP). La acusación particular calificó los hechos como un delito

¹⁹⁵ Vid. Fundamentos de Derecho 2º.4, párrafo quinto, STS 422/2018, de 15 de febrero.

¹⁹⁶ SAP Z 1631/2015, de 20 de julio, Sección 1ª, número de recurso 24/2015, resolución 196/2018, ponente Dña. María Soledad ALEJANDRE DOMENECH.

de abuso sexual a menor de edad (183.1 CP) agravado por abuso de confianza y subsidiariamente, de utilización de menores con fines pornográficos (art. 189.2 a) CP). Por su parte, la defensa solicitó la libre absolución.

La Sala, en el Fundamento de Derecho Primero, estimó que tras la reciente reforma del Código Penal, que entró en vigor el día primero del mismo mes de la sentencia, los hechos tipificados en los artículos 189.3 a) y 189.2 a) CP, ahora se encontraban recogidos en el art. 183 ter.2 CP.

Y tras analizar los delitos de exhibicionismo y de prostitución y explotación sexual infantil, se condenó al acusado como autor de un delito consumado de embaucamiento de menores de dieciséis años, con fines sexuales, del art. 183 ter.2 CP, pese a no haber logrado su objetivo, pues la menor no llegó a acceder a lo solicitado.

La sala entendió que el delito quedó perfeccionado desde el momento en que se contactó con la adolescente y se intentó embaucar.

Y además de la pena de prisión de 6 meses y las penas accesorias correspondientes (inhabilitación especial para el sufragio pasivo y prohibición de aproximación y de comunicación), se le condenó al abono de 1.000 € en concepto de daño moral causado.

2) SAP MA 506/2017¹⁹⁷, de 3 de mayo, ponente D. Manuel Caballero-Bonald Campuzano

Tras dictarse Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de Málaga, en el que se enjuició un presunto delito de acoso sexual por haber contactado el acusado, de 16 años de edad, con otras cuatro menores de entre 12 y 13 años, vía *WhatsApp*, y haber mantenido conversaciones de contenido sexual y haberles solicitado que le enviaran fotografías de sus partes íntimas o de sus torsos desnudos. Hechos por los cuales se condenó, como autor de un delito del 183 ter.2 CP a la pena de 2 años de libertad vigilada, prohibición de actos que impliquen relación de docencia o de jerarquía con menores, prohibición de acercamiento y comunicación y al abono de una indemnización de 500 euros al menor infractor. Se apeló ante la Audiencia alegando no concurrir los requisitos exigibles para la perfección del delito condenado por no existir “superioridad”, por haberse tratado de una relación de igual a igual, o que debería haber hecho que se aplicase el art. 183 quater CP y su absolución.

¹⁹⁷ SAP MA 506/2017, de 3 de mayo, Sección 8ª, número de recurso 85/2017, resolución 268/2017, ponente D. Manuel CABALLERO-BONALD CAMPUZANO.

La Sala, coincidiendo con el razonamiento del Juez de Menores estimó: 1) que no es precisa la existencia de superioridad para perfeccionarse el delito que tan sólo se exige que se embauque a las menores y, 2) que no podía haber relación de igual a igual por la diferencia de edades y de desarrollo madurativo, así como por la posición de superioridad jerárquica del autor con respecto a las menores, y ratificó la sentencia de instancia porque al existir embaucamiento no es aplicable la exención de responsabilidad del artículo 183 quater CP.

3) SAP M 8406/2017¹⁹⁸, de 23 de junio, ponente Dña. M^a Almudena Álvarez Tejero

Instruida causa por el Juzgado de Instrucción competente, en Procedimiento Abreviado por un delito de elaboración de pornografía infantil y otro de exhibicionismo y provocación sexual, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como delito de acoso sexual del art. 183 ter.2 CP y delito de exhibicionismo y provocación sexual del art. 185 CP. La defensa del acusado, por su parte, reconociendo la autoría, se opuso a la imposición de la medida de libertad vigilada, del art. 192.1 CP, solicitada por la Fiscalía para ser ejecutada con posterioridad a la pena privativa de libertad.

El acusado, aprovechando la circunstancia de pertenecer al mismo grupo de natación que la víctima, de 12 años de edad, se hizo con su teléfono y vía *Tuenti* y *WhatsApp*, intercambió mensajes de contenido sexual y le requirió insistentemente que se realizase alguna fotografía desnuda, mostrando sus partes, y con poses y actitudes provocadoras, y se las enviase. La menor no accedió, pero el autor, sí que le remitió varias fotografías de su pene erecto, así como varios vídeos de contenido sexual (escenas de películas pornográficas comerciales), tras los que le explicaba todos los detalles de lo que estaban haciendo y llegando incluso a proponerle mantener relaciones sexuales, como las de los vídeos, pero siendo *“más suave y cuidadoso que en el video, sobre todo al principio”*

Tras argumentarse el serio peligro que suponen dichas acciones para el bienestar psíquico, el desarrollo y la formación de la menor, concluye que el encausado se aprovechó de la inexperiencia sexual de ésta y lo condena como autor de un delito de embaucamiento del art. 183 ter.2 CP y, otro de exhibicionismo y provocación sexual del art. 185 CP.

¹⁹⁸ SAP M 84/2017, de 23 de junio, Sección 6ª, número de recurso 311/2017, resolución 412/2017, ponente Dña. María de la Almudena ÁLVAREZ TEJERO.

4) SAP M 10925/2018¹⁹⁹, de 11 de abril, ponente D. Julián Abad Crespo

Y la más reciente de todas, la sentencia impuesta en Procedimiento Abreviado, tras la instrucción del Juzgado de Instrucción núm. 47 de Madrid por los delitos de corrupción de menores y exhibicionismo, en la que el Ministerio Fiscal, calificaba los hechos como constitutivos de un delito de utilización de menores de 13 años para la elaboración de material pornográfico del art. 189.1 a) y 3.a) CP, otro de exhibicionismo y provocación sexual del art. 185 CP y un tercer delito de utilización de menores de 13 años para la elaboración de material pornográfico del art. 189.1 a) y 3.a) CP en grado de tentativa o subsidiariamente, un delito de embaucamiento de menores con fines sexuales del art. 183 ter.2 CP, por cada uno de los tres acusados.

Las defensas solicitaron la libre absolución de sus patrocinados, salvo la de uno de ellos, que solicitó alternativamente la condena por la comisión de un delito del art. 183 ter.2 CP.

Concretamente, los hechos probados refieren que, en noviembre de 2014, uno de los acusados contactó vía *WhatsApp* con la menor, de 12 años de edad, y le solicitó fotografías eróticas a lo que aquélla accedió. Ello alentó a los otros dos a acusados y en fechas 17, 22 y 23 del mismo mes, y por el mismo medio, le solicitaron videos y fotografías pornográficas.

Argumenta la Sala que, para que se entienda cometido el delito del 183 ter.2 CP, es preciso que se realicen actos con la finalidad de embaucar al menor, para que éste acceda a realizar las conductas pretendidas por el autor del delito. De no ser así, sino una solicitud directa e inequívoca, no existe embaucamiento, sino corrupción de menores.

¹⁹⁹ SAP M 10925/2018, de 11 de abril, Sección 6ª, número de recurso 1191/2018, resolución 275/2018, ponente D. Julián ABAD CRESPO.

4. Resultado del análisis

De las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, que como ha quedado de manifiesto, se pronuncian sobre hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal (lo que se produjo el día 1 de julio de 2015), y trasponiendo las alusiones al anterior artículo 183 bis, al actual 183 ter, apartados 1 y 2, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) El delito de ciberacoso por medio de Internet, teléfono o nuevas tecnologías de la información y la comunicación, recogido en el actual art. 183 ter.2 CP, es un delito de peligro, que adelanta las barreras de protección de los menores ante un ataque a su indemnidad sexual.
- b) Dicho delito es un acto ejecutivo en sí, y su perfección trasciende de la consideración de un acto preparatorio.
- c) Sanciona el embaucamiento de menores de dieciséis años para obtener imágenes o material pornográfico para consumo propio, por lo que:
 - a. Si con la realización de los actos del art. 183 ter.2 CP, lo que persigue el actor es un acercamiento físico al menor, en caso de producirse se perfecciona lo regulado en el art. 183 ter.1 CP, originándose un concurso de normas.
 - b. Si con las imágenes pornográficas obtenidas se crean películas pornográficas, aún para consumo propio, es decir, se consumen editadas, se incurre en el delito del 189 CP, elaboración de material pornográfico.
 - c. Y si lo que pretende es obtener las imágenes o el material pornográfico para lucrarse con ello (para consumo ajeno), también se traspasa el ámbito de protección del 183 ter.2 y se conculca el 189 CP.

Y como el art. 183 ter.2 CP no incluye la cláusula del anterior 183 bis (*sin perjuicio de las penas correspondientes por los delitos en su caso cometidos*), la redacción actual no permite sancionar dichos preceptos de forma conjunta, por lo que la disquisición se ha de dirimir por las reglas del art. 8 CP para no incurrir en *bis in ídem*. Es decir, bien por el principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP) bien por el de consunción (art. 8.3 CP), el delito del art. 183 ter.2 queda absorbido por el delito posterior (entendiéndose entonces como un acto preparatorio previo), en lo que se denomina “*progresión delictiva*”.

Por su parte, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Málaga y Madrid que han enjuiciado hechos perpetrados vigente el texto en uso, reafirman lo anteriormente referido:

- a) El delito de embaucamiento de menores de dieciséis años es una figura delictiva independiente, creada *ex profeso* para poder sancionar de una forma más adecuada y proporcionada el desvalor de dicha conducta.
- b) Dicho delito se consuma desde el momento en que el actor comienza su embaucamiento del menor, víctima de este delito (independientemente de que consiga su objetivo), pues el mero hecho de solicitar o de remitir pornografía constituye un serio peligro para su bienestar psíquico, su desarrollo y su formación, que lesiona el bien jurídico que se pretende proteger.
- c) Además, no se exige la concurrencia de ningún tipo de superioridad jerárquica (profesor, entrenador, monitor...) o emotiva (familiar u otra persona al cargo del menor), tan sólo se precisa que exista un embaucamiento del menor.
- d) No obstante, para que se produzca el embaucamiento, es requisito ineludible que se trate de engañar al menor aprovechándose de su inexperiencia, dado que:
 - a. Si la treta es tan burda que no lograría su efecto, no puede considerarse que el menor haya sido embaucado, sino que ha actuado por su propia voluntad.
 - b. Pero si sí que lo ha sido y accede, no puede serle exigida responsabilidad por actuar bajo engaño, y carente de todo dolo.
 - c. Por otra parte, si lo que se hace es solicitar imágenes o videos pornográficos de forma directa e inequívoca, sin mediar treta o engaño, lo que se comete es un delito de corrupción de menores del art. 189.1 a) CP.
- e) No se puede dar una relación de igual a igual mediando desigualdad de edades, diferencia de desarrollo madurativo oposiciones de superioridad jerárquica o emocional del autor con respecto de la víctima, pero no existir tales vicisitudes, tampoco sería aplicable la exención de responsabilidad del art. 183 quater CP por que el propio requisito del embaucamiento destierra el libre consentimiento.

V. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuyo proyecto de reforma fue presentado el 2 de septiembre de 2013, permitía vaticinar la decaída de su promulgación debido al retraso que acumulaba. Por ello, se aceleró de forma repentina su tramitación y el resultado ha sido, cuanto menos, desconcertante.

Durante el desarrollo del presente trabajo he podido observar las siguientes antinomias en la norma punitiva, tal cual ha quedado redactada tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal.

PRIMERO) DEFICIENTE TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/93/UE

Da la impresión de que no se ha realizado un trabajo atento con esta reforma penal. En efecto, parece que el legislador no ha traspuesto la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sino que más bien se ha limitado a copiarla, cometiendo, además, algunas imprecisiones al hacerlo. Podemos observar que lo indicado en el art. 6 de la Directiva 2011/93/UE, difiere de lo plasmado en el art. 183 ter CP, pues indicaba que era preciso sancionar la adquisición, posesión o acceso a la pornografía infantil por un adulto, aún su mero intento, si se pretendía conseguir embaucando a menores que no hubiesen alcanzado la edad de consentimiento sexual.

La intención de la Directiva es clara: proteger el libre desarrollo emocional del menor y librar de injerencias la evolución de su indemnidad sexual, pero al trasponerse al ordenamiento español, algunas palabras se sustituyeron y su significado final mutó. Así en el texto final, el autor de los hechos es: “*El que...*” cuando en la Directiva se decía “*El adulto que...*”, y las conductas penadas deberían ser las de “*adquisición o la posesión de pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*” y “*el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*”, y en su trasposición quedó como “*le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor*” sin tomar en consideración de quien sea dicho material.

Además, al incluirse la expresión “*en las que*”, parece que sólo se haga referencia a las imágenes pornográficas en las que se represente a dicho menor y que se la referencia

es tanto al material pornográfico como a las imágenes pornográficas, en su conjunto, en las que se represente a dicho menor.

Sin embargo, es de esperar que el paso del tiempo, las futuras correcciones y su desarrollo jurisprudencial permitan subsanarlas. Subsanación que parece que el legislador ya ha advertido como necesaria y que pretende materializar con la Ley de Protección integral frente a la Violencia contra la Infancia, cuyo anteproyecto se encuentra en estudio²⁰⁰.

Con dicha ley (si es que en este tiempo político tan convulso supera el trámite parlamentario), se proyecta una protección integral del menor en todos los ámbitos sociales, imponiendo a la ciudadanía en su conjunto, y a los familiares y profesionales en particular, el deber de denunciar cuando se tenga algún indicio de violencia contra ellos. Concibe también, instaurar un registro único sobre “*los menores víctimas*”, ampliar las penas de inhabilitación especial al ejercicio de profesiones, voluntariado y actividades que impliquen trato con menores, con especial referencia a la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, acogimiento y adopción y ambiciona combatir la pobreza infantil.

SEGUNDO) INNECESARIEDAD DEL ART. 183 TER.2 CP

Antes de la promulgación de la LO 1/2015 de reforma de la Ley Orgánica del Código Penal, la jurisprudencia venía entendiendo el delito ahora recogido en el art. 183 ter.2 CP como un delito autónomo.

Se entendía que la tipificación del art. 189 CP regulaba dos conductas, penándose una como tentativa y otra como consumada. Así, el embaucamiento del menor, si no se seguía de un acercamiento, era una tentativa del 189 CP (y se castigaba como ciberacoso), y si sí que se producía, era considerado como un acto preparatorio de obtención de pornografía infantil.

Con la redacción actual del artículo, aparte de elevarse la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años, no se ha aportado nada nuevo, pues en lugar de aprovechar la ocasión para castigar al adulto que embauca a un menor y quebranta su indemnidad sexual para conseguir imágenes pornográficas suyas, tan sólo castiga el intento de cualquiera que trate obtener material o imágenes pornográficas de menores o de quienes simulen serlo.

²⁰⁰ El Informe del anteproyecto de Ley de protección integral frente a la violencia contra la infancia fue presentado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social al Consejo de Ministros del viernes 7 de septiembre de 2018.

Por ello considero que el nuevo precepto del art. 183 ter.2 CP, tal y como ha quedado redactado, es un precepto innecesario, pues la aplicación del art. 189.1 a) CP en grado de tentativa cubre perfectamente el tipo que protege el art. 183 ter.2 CP²⁰¹.

La única razón de ser, que se puede suponer, es que el legislador haya pretendido que tal conducta se encuentre recogida específicamente en el Código Penal, sin embargo, al igual que se hace referencia en el art. 183 ter.1 CP a los delitos descritos en los artículos 183 y 189 CP, con una cita similar en el artículo 189.1 a), hubiese sido suficiente.

TERCERO) AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN DE EDADES.

En cuanto al sujeto pasivo, el Código Penal distingue tres franjas de edad en los menores víctimas de abusos sexuales, hasta los 4 años (art. 183.4 CP), de 4 a 16 años (art. 183.1 CP) y de 16 a 18 años (art. 182.1 CP), pero en el embaucamiento, la única consideración de su edad es la de ser menor de 16 años. Y aún así, los tramos de edad del CP, tampoco son correlativos con las edades de las fases del desarrollo de la personalidad (“bebés”, desde el nacimiento hasta el primer año, “menores” de 1 a 3 años, “preescolares” de 3 a 5 años, “preadolescentes”, de 6 a 13 años, “adolescentes”, de 14 a 16 años y “adolescentes tardíos”, de 17 a 21 años)²⁰². Aunque a partir de los 18 años ya se es legalmente adulto.

Resulta del todo obvio que el daño psicológico que ocasiona la visualización de actos sexuales explícitos, no afecta de igual manera a un menor que se encuentra cercano a la edad de 16 años (que con probabilidad ya habrá descubierto la sexualidad), que a un niño de 10 años (que puede que haya comenzado a preguntarse cosas), o que a uno de 7 años (totalmente ajeno e inocente frente a esta faceta de la vida), como tampoco perdurará igual en el tiempo y trascenderá en su desarrollo. Por ello, a la vista de lo anterior, considero que sería conveniente establecer, al igual que lo hace el art. 183.4 a) con los menores de 4 años de edad, una agravación de la pena para este tipo de delitos contra los menores en función de su edad y desarrollo.

²⁰¹ Y coincidiendo completamente con lo expresado por el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial en sus Enmienda núm. 351, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes generales de 18 de marzo de 2010 y por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto del texto remitido el día 3 de abril, de fecha 27 de junio de 2013.

²⁰² Referencia de las edades del desarrollo humano de la Academia Americana de Pediatras, «Edades y Etapas.» *Healthychildren.org*, disponible en <https://www.healthychildren.org/Spanish/ages-stages/prenatal/Paginas/default.aspx> y ss., último acceso 3 de diciembre de 2018, y coincidiendo con PENADO ABILLEIRA M. “Abuso sexual infantil...” ob. cit. y REQUENA VARÓN, F. “El abuso sexual a...” ob. cit.

CUARTO) DELITO DE DIFÍCIL DETECCIÓN.

El art. 183 ter.2 CP, el embaucamiento de menores a través de la informática, la telefonía o las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para la obtención de imágenes pornográficas o material pornográfico, es un delito de muy fácil comisión, pero de muy difícil detección, y que, además, enseguida se ve sobrepasado.

Como la acción típica es contactar con un menor de dieciséis años y realizar actos dirigidos a embaucarle, entiendo que tan sólo sería posible su comisión si dichos actos son observados e interceptados por una tercera persona, o si el menor se percata del engaño, pues de no advertirlo, puede que ni siquiera se llegase a conocer.

- Si se comete la acción típica y el menor, embaucado por la acción desarrollada por el actor, facilita material pornográfico. El hecho desborda el tipo del art. 183 ter.2 CP, que muta en un delito del 189.1 a)²⁰³, pues el menor ha sido captado o utilizado con fines pornográficos, o incluso, dependiendo de los actos del autor, en los arts. 183.1²⁰⁴, 183 bis²⁰⁵ o 185²⁰⁶, entrando en juego el art. 8 CP y sus reglas de consunción.

- Si se comete la acción típica pero el menor “no cae en la trampa” no llega a ser embaucado y denuncia los hechos. Se podría alegar (pese a ser un delito de mera actividad), que se está ante un delito del art. 183 ter.2 CP en tentativa pues, como indica el art. 16.1 CP, pese a que el actor da principio a la ejecución del delito desarrollando todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado (contacta con el menor por medios informáticos, telefónicos o nuevas tecnologías de la información o de la comunicación y desarrolla todas las acciones tendentes a embaucarle), éste no llega a producirse por causas independientes a su voluntad, que en este caso es la mayor habilidad, cautela y desarrollo intelectual y cognitivo del menor, que se percata del engaño y no llega a ser embaucado²⁰⁷, y que, precisamente por dicha madurez, no ve violentada su indemnidad sexual.

- Y si se comete la acción típica pero los padres del menor, o cualquier otra persona, se percata de lo que está ocurriendo e interfiere y evita la cesión de las imágenes o los materiales pornográficos. El delito del art. 183 ter.2 CP se encuentra perfeccionado, siendo éste es el único caso en el cual considero posible que se den todos los elementos del tipo. El actor desarrolla todas las acciones tendentes a embaucar al menor y el menor,

²⁰³Vid. STS 4479/2017, de 30 de noviembre, T422/2018, de 15 de febrero y SAPM 10925/2018, de 11 de abril

²⁰⁴Vid. SSTS 5809/2015, de 10 de diciembre y 4479/2017, de 30 de noviembre.

²⁰⁵ Vid. SSTS 4179/2015, de 22 de septiembre, 692/2017, de 22 de febrero, 4479/2017 y de 30 de noviembre.

²⁰⁶Vid. SSTS 5809/2015, de 10 de diciembre y 4479/2017, de 30 de noviembre.

²⁰⁷ Vid. STS 422/2018, de 15 de febrero, si bien la SAP Z 1631/2015, de 20 de julio, falla en contrario.

embaucado, está dispuesto a facilitar el material pornográfico que le ha sido solicitado. En ese momento ya existe el delito, y con la irrupción de una tercera persona que se entromete y corta su evolución, no se llega a traspasar el ámbito de protección del 183 ter.2, y, por lo tanto, no llega a mutar el ilícito en un delito del 189.1 a).

- Una última posibilidad a barajar, sería la perfección del delito aprovechando la polisemia del precepto: *“El que, a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y...le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor...”*. Es decir, cabría entender que se consuma el delito si se contacta con un menor y se le muestran imágenes pornográficas de otro menor. Pero tal situación casa más con la exhibición y la provocación sexual de menores que con su embaucamiento (el espíritu de la Ley así parece indicarlo), por lo que de nuevo se traspasa el ámbito del 183 ter.2, y con las reglas del art. 8 CP se sancionaría como un delito del 186 CP.

Y es que a su facilidad de comisión (sólo hay que enviar un mensaje a un menor de dieciséis años pidiéndole fotografías pornográficas), se unen su dificultoso conocimiento (pues los menores se suelen aislar al utilizar sus dispositivos electrónicos para salvaguardar su *“intimidad”*) y su fácil mutabilidad (que hace que rápidamente evolucione a otro delito distinto), lo que origina que antes de poder ser interceptado, el ilícito evolucione y se transforme en otro distinto, en lo que se ha venido a llamar *“progresión delictiva”*.

QUINTO) QUIEBRA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.

Se puede observar que embaucar a menores por Internet, para obtener pornografía, tiene una pena menor que el contacto personal y directo con el mismo fin, cuando es indudable que *“pescando con red se pesca más que con caña”*, es decir, que la posibilidad de captar a algún menor se incrementa de manera desorbitante con la utilización de las redes y que el riesgo de persuadirlo aumenta de manera exponencial. Por ello, no veo proporcional, que un peligro mayor²⁰⁸, tenga una pena menor²⁰⁹.

²⁰⁸SSTS 823/2015, de 24 de febrero, 5809/2015, de 10 de diciembre, 692/2017, de 22 de febrero, 4479/2017, de 30 de noviembre y SAP MA 506/2017 de 3 de mayo, entre otras.

²⁰⁹ El art.189.1 a) CP impone una pena de prisión de uno a cinco años, por captar o utilizar a menores de edad o a personas necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, mientras que el art. 183 ter.2 CP la establece en prisión de seis meses a dos años, por intentar embaucar para que se facilite material con el que se podrían producir dichos espectáculos.

Por otra parte, el mismo tipo de contacto con menores de 16 años, si va seguido de una intención de acercamiento físico para agredirle, acosarle, prostituirle, corromperle o abusar sexualmente de él, permite la imposición de una pena alternativa de multa de 12 a 24 meses, cuando tal posibilidad, en el caso de sólo pretenderse una fotografía, no existe²¹⁰, lo que vuelve a quebrar el principio de proporcionalidad de las penas.

Posiblemente una revisión integral del Código Penal, y no por artículos, hubiera posibilitado que el legislador se percatase de dichas incoherencias, y hubiese adecuado las penas, ajustando los tiempos de prisión y estableciendo, para el precepto analizado, una pena alternativa de multa.

No obstante, y a la vista de estas paradojas normativas, es necesario señalar que afortunadamente la ley es interpretable, y dado que estos no son los únicos desatinos perceptibles en la Ley Orgánica 1/2015, serán los operadores jurídicos los que en su labor profesional y diaria de aplicación de las leyes, tal y como viene sucediendo de antaño, tendrán que interpretarla, aclararla y establecer su correcto encaje en el sistema normativo, salvando los posibles errores o incoherencias de su texto y haciendo prevalecer “el espíritu de la ley” sobre las imprecisiones del fugaz legislador.

A este respecto, haciendo propia la reflexión de GIMENO FELIU: *“Tal vez algo más de sosiego a la hora de elaborar las leyes, de consenso, de diálogo y de visión de futuro por encima de los cuatro años de una legislatura, y más allá de legislar cara los votantes en lugar de cara a la ciudadanía, facilitaría el poder enfrentarse a los problemas y retos de manera global y no puntual, y haría posible leyes más justas, mejor elaboradas y estables”*²¹¹. Lo que sería encomiable, máxime en un asunto tan importante como la defensa de los derechos de los menores, pues

“No hay otra causa que merezca la más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”

*Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia
30 de septiembre de 1990.*

²¹⁰ El art. 183 ter.1 CP sanciona el contacto por TIC's seguido de actos encaminados al acercamiento al menor con prisión de 1 a 3 años o alternativamente, multa de 12 a 24 meses. El art. 183 ter.2 CP sólo recoge la pena de prisión de 6 meses a 2 años.

²¹¹ GIMENO FELIU, J.M. “El arte de legislar” en *Heraldo de Aragón*, 7 de junio 2016, disponible en http://prensa.unizar.es/noticias/1606/160607_z0_13.pdf, último acceso 3 de diciembre de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÓ, R., “La prostitución de los niños” en *Pro-Infantia*, núm. 155, Madrid, 1924.
- ALIAGA, F. y BARTOLOMÉ, A., “El impacto de las nuevas tecnologías en educación”, en T. Escudero y A. Correa, *Investigación en innovación Educativa*, La Muralla, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ HERNANDO, J., *El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal*, ganador de la III Edición del Premio “Don Camilo de la Red”, Valladolid, 2013, disponible en <https://docplayer.es/9233697-El-ciberacoso-sexual-infantil-y-su-respuesta-penal.html>, último acceso 5 de diciembre de 2018.
- AVILÉS GÓMEZ, M., JIMENEZ CORTÉS, R. y otros, *Delitos y delincuentes. Cómo son, cómo actúan*, Editorial Club Universitario, San Vicente del Raspeig, 2010.
- BOIX REIG, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4): Acoso Sexual”, en J. Boix Reig, N. García Rivas, P. Lloria García y otros, *Derecho Penal. Parte especial*, IUSTEL, Madrid, 2016.
- CANTARELLA, E., *Según Natura. La sexualidad en el mundo antiguo*, Akal, Madrid, 1991.
- CASALS CAMPOS, E., *Abuso Sexual (o maltrato) vs Manipulación Parental*, Tirant Criminología y Educación social, Serie menor, Valencia, 2013.
- CASTILLERO MIMENZA, O., “Perfil psicológico del pederasta: 8 rasgos y actitudes en común”, en *Psicología y Mente*, publicado el 3 de febrero de 2017, disponible en <https://psicologiamymente.com/forense/perfil-psicologico-pederasta>, último acceso 6 de diciembre de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Las Diez prioridades para Europa*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2015
- COTARELO, R., “Visiones de la Transición”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, núm. 18, mayo-agosto 1994, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051417.pdf> último acceso 3 de diciembre de 2018.
- CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 102, Disposición Final Segunda)”, en J. Álvarez García y J.L. González Cussac, *Comentarios a la reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- DeMAUSE, Ll., *Historia de la infancia*, Alianza Universidad, Madrid, 1982.
- DÍEZ RIPOLLES, J.L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000, disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010/Documento.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.

- DOLZ LAGO, M.J., “Child grooming y sexting: Anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015”, en *Diario La Ley*, núm. 8758, 10 de mayo de 2016, disponible en <https://elderecho.com>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- DOVAL PAÍS, A. y ANARTE BORALLO, E., “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad”, en *Diario La Ley*, núm 8744, 19 de abril de 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5422263>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- ESCOBAR JIMENEZ, C., “Ponencia de la Fiscal de Granada Dña. Cristina ESCOBAR JIMENEZ”, en *Fiscal.es*, 2016, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d9906-e1de2835a39a, último acceso 3 de enero de 2019.
- EUGENIO ABAJO, J. y CARRASCO, S., “Experiencias y trayectorias de éxito escolar de gitanas y gitanos en España”, en *Revista del CIDE/INSTITUTO DE LA MUJER* núm. 4, 2004, disponible en <https://books.google.es/books?id=bDEfAgAAQBAJ&pg=PT137&dq=edad+casadera+gitana>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GARANLEY ABOGADOS, “La edad de consentimiento sexual”, en *Web Garanley Abogados Barcelona*, 2015, disponible en <https://garanley.com/penal/edad-consentimiento-sexual/>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GIL ANTÓN, A.M., “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, núm. 10, 2010, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11097>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A., “Propuesta de una clasificación española sobre imágenes de pornografía infantil”, en *Revista española de investigación criminológica*, núm. 15, 2017, disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/103/10>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GIMENO FELIU, J.M., “El arte de legislar”, en *Tribuna del Heraldo de Aragón*, martes 7 de junio de 2016, disponible en http://prensa.unizar.es/noticias/1606/160607_z0_13.pdf, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011.
- GÓRRIZ ROYO, E., “On-line child grooming en el derecho penal español”, en *Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2016, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/309610005/download>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- GUNDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, en *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, n.º 842, 2012.

- GUTTMAN, C., “Education in a multilingual world: UNESCO education position paper”, en *UNESCO archives*, 2003, disponible en <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/education-in-and-for-the-information-society/>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- HERNANDEZ GUERRERO, F.J., “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coordinadores), *Derechos y Redes Sociales*, Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- ISABEL II, Reina de las Españas, *Código Penal Español*. Versión oficial reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850.
- JUSTINIANO, “Digesto”, traducción de B.A. Rodriguez de Fonseca, M. Gómez Marín y P. Gil y Gómez, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Imprenta de R. Vicente, Madrid, 1872-74.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en C. Lamarca Pérez (coordinadora), A. Alonso de Escamilla, E. Mestre Delgado y A. Rodríguez Núñez, *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2017.
- LOVELLE, M.I., “La perfilación criminal aplicada a la pornografía infantil”, en M.A. Soria Verde, J. Romo Mosquera y otros, *Manual de perfilación criminal y análisis de conducta criminal*, Pearson, Madrid, 2016.
- LUZÓN CUESTA, J.M., “Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015.
- MADIGAN, S., RASH, S., y VAN OUTSEL, J., “Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behavior Among YouthA Systematic Review and Meta-analysis”, en *JAMA Pediatrics* núm. 172, 2018, disponible en <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2674955?resultClick=1>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, F., “El profesorado ante las nuevas tecnologías”, en F. Martínez Sánchez y M.P. Prendes Espinosa, *Nuevas tecnologías y educación*, Pearson Educación, Madrid, 2005.
- MEGÍAS QUIRÓS, I. y RODRIGUEZ SAN JULIÁN, E., “Jóvenes en el mundo virtual: usos, prácticas y riesgos”, en *Fundación Mapfre y Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud de la FAD*, Cyan Proyectos Editoriales, Madrid, 2018.
- MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- MORALES PRATS, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- MORENO OLIVER, F.X., “Perfil psicológico de los pedófilos”, en *Psicología Jurídica*, publicado el 24 de junio de 2018, disponible en <http://psicologiajuridica.org/psj197.html>, último acceso 6 de diciembre de 2018.

- MOYA FUENTES, M.M., *La Protección Jurídica de los Servicios de Acceso Condicional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- “El “Sexting” entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, III, Época II, diciembre 2016.
 - “Hacking, phishing, sniffing y otros ilícitos en la red”, en *web Universidad de Alicante*, 2011, disponible en <https://web.ua.es/es/contratos-id/documentos/itipupdate2011/moya.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edición, Tirant, Valencia, 2017.
- NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, núm. 65, 2012, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548520.pdf>, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- ORTIZ-TALLO ALARCÓN, M., SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L.M. y CARDENAL HERNANDEZ, V., “Perfil Psicológico de delincuentes sexuales, un estudio clínico con el MCMI-II”, en *Revista de Psiquiatría de la Facultad de Medicina de Barcelona*, núm. 29, 3, 144-153, 2002, disponible en https://www.uma.es/psicologia/docs/eudemon/investigacion/perfil_psicologico_de_delincuentes_sexuales.pdf, último acceso 6 de diciembre de 2018.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en T. Vives Antón (coordinador), E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu y otros *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant, Valencia, 2015.
- PENADO ABILLEIRA, M., *Abuso sexual infantil: Pedofilia*, Curso de extensión Universitaria de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), impartido por el Centro asociado de Pontevedra (Aula de Tui), núm. de Registro 6297, Código de Verificación Seguro (CVS) YIF_QNrTUUwj, 2016.
- PÉREZ PORTO, J. y GARDEY, A., *Definición de tecnología de la información*, 2016, disponible en <https://definicion.de/tecnologia-de-la-informacion/>, último acceso 3 de enero de 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- *Comentario a la reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, cultural y abuso sexual de menores*, Tirant, Valencia, 2016
- REQUENA VARÓN, F., “El abuso sexual a menores: Los pederastas”, en *Delitos y delincuentes. Cómo son, cómo actúan*, Editorial Club Universitario, San Vicente del Raspeig (Alicante), 2010.

- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las TIC’s” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 9, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-06.pdf>, último acceso 5 de diciembre de 2018.
- ROMO MOSQUERA, J., “Abuso sexual infantil”, en M.A. Soria Verde, J. Romo Mosquera y otros, *Manual de perfilación criminal y análisis de conducta criminal*, Editorial Pearson, Madrid, 2016
- SAEZ MARTÍNEZ, G.J., “Aproximación Histórica a los abusos sexuales a menores”, en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm 29, 2015, disponible en <https://www.ehu.eus/documents/1736829/5274977/07+Saez> último acceso 3 de diciembre de 2018.
- SASTRE, A. (Coordinadora), CALMAESTRA, J., ESCORIAL, A. y otros, “Bullying y cyberbullying en la infancia”, en J. Calmaestra, *Bullying, Cyberbullying y factores asociados*, Save the Children España y Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, febrero/2016, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/yo_a_eso_no_juego.pdf, último acceso 16 de enero de 2019.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 183 bis”, en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- TEJADA DE LA FUENTE, E., “Novedades en la tipificación de determinados delitos vinculados a la criminalidad informática en el Código Penal Español: Evolución Legislativa y adaptación a la normativa internacional”, en D. Dupuy, *Cibercrimen, Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Elece Industria Gráfica, Algete, 2016.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.
- UNICEF, “Ocultos a plena luz. Un análisis estadístico de la violencia contra los niños”, en *Sección de Datos y Análisis, División de Datos, Investigación y Políticas de UNICEF*, 2014, disponible en https://www.unicef.org/publications/files/Hidden_in_plain_sight_statistical_analysis_Summary_SP_2_Sept_2014.pdf, último acceso 3 de diciembre de 2018.
- VALVERDE MEGÍAS, R., “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art.183 bis CP Estudio crítico y sistemático”, en *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online y menores: Grooming y Sexting en adolescentes” en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 2, 2017.

ARTÍCULOS DE DIARIOS DIGITALES

ABC Comunidad Valenciana, *El primer orfanato del mundo se fundó en Valencia*, publicado el 10 de junio de 2018, disponible en https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-primer-orfanato-mundo-fundo-valencia201806101631_noticia.html, último acceso 4 de diciembre de 2018.

DIARIOPALENTINO, *Investigado un gardense por intentar embaucar a una menor*, publicado el 29 de noviembre de 2018, disponible en <http://www.diariopalentino.es/Noticia/Z955713F9-AAFD-0AF5CEF987150D2A747B/Investigado-un-gardense-por-intentar-embaucar-a-una-menor>, último acceso 4 de diciembre de 2018.

EL PAÍS, *Las fiestas latinas de 15 años arrasan en España*, publicado el 14 de febrero de 2017, disponible en https://elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486485272_700545.html, último acceso 4 de diciembre de 2018.

- *"Sexting" entre adolescentes, una práctica en aumento*, publicado el 11 de marzo de 2018, disponible https://elpais.com/elpais/2018/03/09/mamas_papas/1520582602813226.html, último acceso 4 de diciembre de 2018.

HERALDO DE ARAGÓN, *Cinco consejos para frenar el "sexting"*, publicado en fecha 12 de junio de 2018, disponible en <https://www.heraldo.es/noticias/suplementos/heraldo-joven/2018/06/12/cinco-consejos-para-frenar-sexting-1247040-2261031.html>, último acceso 4 de diciembre de 2018.

EL FARO DE VIGO, *“Un menor y un adulto, investigados por un caso de sexting a otra menor en Lugo”* publicado el 10 de enero de 2019, disponible en <https://www.farodevigo.es/sucesos/2019/01/10/menor-adulto-investigados-caso-sexting/2030586.html>, último acceso 16 de enero de 2019.

20 MINUTOS, *El 24% de los menores ha recibido un mensaje de contenido sexual en el móvil*, publicado el 27 de febrero de 2018, disponible, en <https://www.20minutos.es/noticia/3273693/0/menores-recibido-mensaje-sexual-movil-estudio/>, último acceso 4 de diciembre de 2018.

INFORMACIÓN DE ALICANTE, *El peligro del adolescente siempre conectado*, publicado en fecha 21 de septiembre de 2018 en edición impresa del Alacantí, pág. 6, así como en edición digital, disponible en <https://www.diarioinformacion.com/alicante/2018/09/21/peligro-adolescente-conectado/2065191.html>, último acceso 4 de diciembre de 2018.

WEBS DE CONSULTA

<http://aranzadidigital.es/> Acceso a las bases de datos digitales Aranzadi Digital.
<http://blog.educalab.es/> Centro Nacional de Innovación e Investigación Educativa.
<http://www.ecpat.org/> Red mundial de organizaciones para combatir la pornografía infantil.
<http://leyes-cl.com/> Web códigos legislativos del gobierno chileno.
<http://oedi.es/ciberdelitos/> Observatorio Español de Delitos Informáticos.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/> Servicios del Gobierno de la nación Argentina.
<http://www.catwla.org/es/> II Congreso Mundial contra la explotación sexual.
<http://www.congreso.es/> Congreso de los Diputados.
<http://www.guardiacivil.es/> Portal oficial del Cuerpo de la Guardia Civil
<http://www.ine.es/> Web oficial del Instituto Nacional de Estadística.
<http://www.ipsoa.it/> Web profesional de legislación italiana.
<http://www.lamoncloa.gob.es/> Web oficial del Gobierno de España.
<http://www.nurelislam.com/> Web de difusión del Corán.
<http://www.oecd.org/> *Organisation for Economic Co-operation and Development*.
<http://www.tirantonline.com/> Acceso a las bases de datos digitales de Tirant.
<http://www.un.org/es/> Convención sobre los derechos del niño.
<https://boe.es> Agencia Estatal del Boletín Oficial del estado.
<https://dictionary.cambridge.org> Diccionario online de la Universidad de Cambridge.
<https://encyclopedia.ushmm.org/> *United States Holocaust Memorial Museum*.
<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/> Portal Estadístico del Ministerio del Interior.
<https://laws-lois.justice.gc.ca/> Web de legislación del gobierno de Canadá.
<https://online.elderecho.com> Memento de Lefebvre El Derecho.
<https://vlex.es> Acceso a las bases de datos digitales vLex.
<https://wearesocial.com/> Hootsuite.
<https://webfoundation.org/> *World Wide Web Foundation*.
<https://www.fiscal.es/> Fiscalía General del Estado.
<https://www.healthychildren.org/> Academia Americana de Pediatras.
<https://www.juridicas.unam.mx/> Web de legislación mexicana.
<https://www.legifrance.gouv.fr/> Servicio público de difusión del derecho del gobierno francés.
<https://www.legislation.gov.uk/> Archivos nacionales de Reino Unido.
<https://www.oas.org/> Convenio sobre la ciberdelincuencia del Consejo UE.
<https://www.policia.es/> Portal oficial del Cuerpo de Policía Nacional
<https://www.unicef.org/> Fondo de las Naciones Unidas para la infancia.
<https://www.universidadviu.es/> Expertos, Universidad Internacional de Valencia.
<https://www.webempresa20.com/> *Global Marketing Strategies S.L.*

JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No hay pronunciamientos del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL SUPREMO²¹²

STS nº 7456/2005, de 05 de diciembre de 2005	(ECLI:ES:TS:2005:7456)
STS nº 7479/2006, de 29 de noviembre de 2006	(ECLI:ES:TS:2006:7479)
STS nº 7808/2009, de 30 de diciembre de 2009	(ECLI:ES:TS:2009:7808)
STS nº 2222/2013, de 17 de abril de 2013	(ECLI:ES:TS:2013:2222)
STS nº 2092/2014, de 26 de mayo de 2014	(ECLI:ES:TS:2014:2092)
STS nº 2905/2014, de 30 junio de 2014	(ECLI:ES:TS:2014:2905)
STS nº 2599/2015, de 28 de mayo de 2015	(ECLI:ES:TS:2015:2599)
STS nº 823/2015, de 24 de febrero de 2015	(ECLI:ES:TS:2015:823) ⁽¹⁾
STS nº 5809/2015, de 10 de diciembre de 2015	(ECLI:ES:TS:2015:5809) ⁽²⁾
STS nº 4179/2015, de 22 de septiembre de 2015	(ECLI:ES:TS:2015:4179) ⁽³⁾
STS nº 4517/2016, de 19 de octubre de 2016	(ECLI:ES:TS:2016:4571)
STS nº 692/2017, de 22 de febrero de 2017	(ECLI:ES:TS:2017:692) ⁽⁴⁾
STS nº 1055/2017, de 21 de marzo de 2017	(ECLI:ES:TS:2017:1055) ⁽⁵⁾
STS nº 4479/2017, de 30 de noviembre de 2017	(ECLI:ES:TS:2017:4479) ⁽⁶⁾
STS nº 422/2018, de 15 de febrero de 2018	(ECLI:ES:TS:2018:422) ⁽⁷⁾

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP GR nº 1482/2009, de 25 de mayo de 2009	(ECLI:ES:APGR:2009:1482)
SAP CA nº 2233/2014, de 30 de mayo de 2014	(ECLI:ES:APCA:2014:2223) ⁽¹⁾
SAP B nº 15072/2014, de 22 de diciembre de 2014	(ECLI:ES:APB:2014:15072) ⁽³⁾
SAP T nº 1605/2015, de 08 de abril de 2015	(ECLI:ES:APT:2015:1605) ⁽²⁾
SAP Z nº 1631/2015, de 20 de julio de 2015	(ECLI:ES:APZ:2015:1631)
SAP H nº 363/2016, de 23 de marzo de 2016	(ECLI:ES:APH:2016:363) ⁽⁴⁾
SAP M nº 12256/2016, de 09 de junio de 2016	(ECLI:ES:APM:2016:12256) ⁽⁵⁾
SAP V nº 818/2017, de 17 de febrero de 2017	(ECLI:ES:APV:2017:818) ⁽⁷⁾
SAP BI nº 695/2017, de 07 de abril de 2017	(ECLI:ES:APBI:2017:695) ⁽⁶⁾
SAP MA nº 506/2017, de 3 de mayo de 2017	(ECLI:ES:APMA:2017:506)
SAP M nº 8406/2017, de 23 de junio de 2017	(ECLI:ES:APM:2017:8406)
SAP M nº 10925/2018, de 11 de abril de 2018	(ECLI:ES:APM:2018:10925)

²¹² Se muestra con referencia en superíndice, la correlación STS-SAP de las SSTs analizadas en el estudio Jurisprudencial del presente trabajo.

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Evolución del equipamiento TIC en las viviendas desde 2006 hasta 2017	5
Gráfico 2: Uso de Internet por edades	5
Gráfico 3: Dependencia de los jóvenes a Internet y a las redes sociales, 2015-2018	10
Gráfico 4: Encuesta de opinión pública del Eurobarómetro de marzo de 2015	16
Gráfico 5: Datos del Anuario Estadístico de 1959 a 1994, Resultados nacionales, Justicia y Culto, Justicia, Penal común, Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción	24
Gráfico 6: Relación de delitos conocidos / Delitos contra la honestidad en el periodo comprendido entre los años 1959 y 1994	25
Gráfico 7: Tabla correspondiente a hechos conocidos, esclarecidos, detenciones e investigaciones y victimizaciones de los delitos del art. 183 ter del CP	28
Gráfico 8: Comparativa de la evolución de los delitos del 183-ter CP conocidos, 2013-2017; datos de España, de la Comunidad Valenciana y de la Provincia de Alicante	29
Gráfico 9: Comparativa de los delitos conocidos y esclarecidos y de los autores detenidos en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017	29
Gráfico 10: Comparativa del sexo de los autores, con discriminación de mayoría de edad, en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017	37
Gráfico 11: Comparativa del sexo de los menores víctimas de este tipo delictivo, en España, Comunidad Valenciana y Provincia de Alicante, años 2013-2017...	39
Gráfico 12: Victimizaciones de menores de 16 años (Total Nacional)	40
Gráfico 13: Esquema de las sentencias relacionadas con el art. 183 ter.2 CP dictadas por el Tribunal Supremo y por distintas Audiencias Provinciales (Zaragoza, Málaga y Madrid), con expresión de los números de sentencia, sus recursos y las resoluciones adoptadas	88

Gráfico 13: Esquema de las sentencias relacionadas con el art. 183 ter.2 CP dictadas por el Tribunal Supremo y por distintas Audiencias Provinciales (Zaragoza, Málaga y Madrid), con expresión de los números de sentencia, sus recursos y las resoluciones adoptadas

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª Fecha de inicio de los hechos, 29 de septiembre de 2012 Fecha de la Sentencia, 30 de mayo de 2014			DESESTIMADO	STS 823/2015, de 24 de febrero, Sala de lo Penal, núm. recurso 1774/2014, resolución 97/2015, ponente D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 187.1 y 2 CP Art. 183 bis CP	Art. 187.1 y 2 CP	Prisión e inhabilitación especial 4 años Libertad vigilada 4 años	1) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 187 CP en relación con el art. 183 bis CP. 2) Infracción de ley por falta de aplicación del art. 14.2 y 3 en relación con el art. 187.1 y 2 CP (error sobre agravante y error invencible sobre la edad). 3) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 187.2 CP en relación con el art. 187.1 CP (inexistencia de agravantes) 4) Infracción de ley por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y del derecho al honor y la intimidad del art. 18.1 CE.	1) Se trata del mismo bien jurídico protegido, se aplica el art. 187 por contener la pena más grave. 2) Debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, no basta con alegarlo, y viendo al menor, es imposible creer que no supiera su edad. 3) Dado que es imposible considerar que no supiera la edad del menor, tampoco puede prosperar la inaplicación de la agravante por su edad. 4) No se vulnera la intimidad ni la tutela judicial efectiva puesto que un juez autorizó la entrada y registro en la vivienda del encausado.

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª Fecha de inicio de los hechos, 27 de octubre de 2012 Fecha de la Sentencia, 8 de abril de 2015			DESESTIMADO	STS 5809/2015, de 10 de diciembre, Sala de lo Penal, núm. de recurso 912/2015, resolución 864/2015, ponente D. Antonio DEL MORAL GARCIA.
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del Ministerio Fiscal	Respuesta a las alegaciones del Ministerio Fiscal
Art. 183.1, 2 y 3 CP Art. 183 bis CP Art. 185 CP	Art. 183.1 CP Art. 185 CP	Prisión e inhabilitación especial 3 años Libertad vigilada 10 años Multa 7 años, 10 meses, 5 días	1) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 8.3 CP e inaplicación del art. 183 bis CP.	1) Se trata del mismo bien jurídico protegido, se aplica el art. 183.1 CP por absorber al 183 bis CP, se trata de un caso de progresión delictiva.
			Alegaciones del recurso del condenado 1) Infracción de ley por vulneración del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.	Respuesta a las alegaciones de la defensa 1) Es la menor la titular de su derecho a la intimidad, a su honor y su madre (titular de su patria potestad) y quien accede a la cuenta, los derechos alegados pueden ceder en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles.

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª Fecha de inicio de los hechos, 12 de octubre de 2012 Fecha de la Sentencia, 22 de diciembre de 2014			DESESTIMADO	STS 4179/2015, de 22 de septiembre, Sala de lo Penal, núm. de recurso 294/2015, resolución 527/2015, ponente D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones de la defensa
Art. 183.1 y 2 CP Art. 183 bis CP Art. 187 CP	Art. 183 bis CP	Multa 12 meses	1) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 183 bis CP.	1) Tras exponer el tipo del art. 182 bis (actual 183 ter.1), concluye que se dan todos los elementos del tipo, no procediendo el recurso pues quedó demostrado que el autor (64 años) contactó con la menor (13 años) y le propone un encuentro sexual.
			Alegaciones del recurso de la acusación	Respuesta a las alegaciones de la acusación
			1) Infracción de ley por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por no tutelarse la libertad sexual de la menor. 2) Infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 183.1 y 187.2 CP. 3) Por error en la apreciación de la prueba de los arts. 183.1 y 187.2 CP	1) El acusado realiza un acto de aproximación, pero no llega a producirse, se tutela la indemnidad sexual del menor que es el bien jurídico lesionado. 2) El relato factico no refiere el inicio de la ejecución de prostitución, por lo tanto, no hay tentativa. 3) Como no se invoca ningún documento, sino que pretende que se rehaga el juicio, se desestima.

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª Fecha de inicio de los hechos, 14 de agosto de 2014 Fecha de la Sentencia, 18 de marzo de 2016			ESTIMACIÓN PARCIAL Al apreciarse <i>bis in ídem</i> , se absuelve del delito del art. 183 bis CP y reduce la Prisión a 8 años.	STS 692/2017, de 22 de febrero, Sala de lo Penal, núm. de recurso 10439/2016, resolución 109/2017, ponente D. Alberto GUMERSINDO JORGE BARRIERO.
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 183.3 CP Art. 183 bis CP	Art. 183.3 CP Art. 183 bis CP	Prisión 10 años	1) Infracción de ley por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, pues no se realizó prueba sobre la apariencia de la edad de la menor, ya que aparentaba más edad. 2) Infracción de ley por falta de aplicación del art. 14 CP (error invencible sobre la edad).	1) Se pudo apreciar por el Tribunal, y pese a que habían pasado dos años desde los hechos, que la menor tenía un aspecto marcadamente aniñado, y además declaró que le dijo al autor que tenía 12 años. 2) Se reiteran los argumentos del punto anterior, no es creíble que no supiera que era menor de 13 años. 3) SE ESTIMA BIS IN IDEM , pese a no ser alegado, y se aplica el principio de consunción del art. 8.3 CP, absolviendo el art. 183.3 art. 183 bis CP.
		Inhabilitación absoluta 8 años		
		Inhabilitación especial 2 años		

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª Fecha de inicio de los hechos, julio de 2013 Fecha de la Sentencia, 09 de junio de 2016			DESESTIMADO	STS 1055/2017, de 21 de marzo, Sala de lo Penal, núm. de recurso 1433/2016, resolución 174/2017, ponente D. Francisco MONTERDE FERRER.
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 189.1 a) CP	Art. 189.1 a) CP	Prisión 5 años y 4 meses (máx. 4 años por aplicación art. 76CP) Inhabilitación sufragio 5 años y 4 meses Inhabilitación especial 3 años Libertad vigilada 5 años	1) Infracción de ley por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, pues no se realizó prueba sobre los hechos y por aplicación indebida del art. 189.1 a) y 3ª). Se debería aplicar el art. 183 ter.2 CP, por ser la norma penal más favorable. 2) Quebrantamiento de forma del art. 851.2 LECrim por causarle indefensión que los hechos probados fuese idénticos a los formulados por el Ministerio Fiscal sin declararse expresamente cuáles son los hechos probados.	1) Ha quedado probado que el acusado captó a las menores y que recibió de ellas imágenes pornográficas. El art. 183 ter.2 CP, no deja de ser una tentativa del delito de pornografía infantil de menores del art. 189 CP, porque el actor, lejos de, simplemente observar, elaboró material pornográfico al editar y almacenar las imágenes que le fueron remitidas 2) El hecho de que el alegato realizado por el Ministerio Fiscal coincida con lo expresado en la sentencia, tan sólo indica que los hechos han quedado probados. Por lo que la denuncia del recurrente carece de fundamentación.

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 2ª Fecha de inicio de los hechos, noviembre de 2012 Fecha de la Sentencia, 7 de abril de 2017			DESESTIMADO	STS 4479/2017, de 30 de noviembre, Sala de lo Penal, número de recurso 10322/2017, resolución 777/2017, ponente D. José Ramón SORIANO SORIANO.
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 183.1, 2 y 3 CP Art. 183 bis CP Art. 185 CP Art. 189.1 y 2 CP	Art. 183.1 CP Art. 183 bis CP Art. 185 CP Art. 189.1 y 2 CP	Prisión e inhabilitación especial 19 años Multa 30 meses	1) Error de hecho en la apreciación de la prueba, valoración incorrecta de los documentos. 2) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 185 CP, pues no se exhibió ante los menores. 3) Inaplicación del art. 8.3 CP, concurso de normas del 183 bis y el a183 CP. <i>Bis in ídem</i> . 4) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 189.1 CP, pues las menores enviaron los videos de manera voluntaria.	1) El testimonio de los menores constituye una prueba personal, no documental y los arts. 185 y 189.1 CP indican menores de edad, no menores de 13 años. 2) Pese a que algunas menores (mayores de 13 años) solicitaron imágenes sexuales, la ley es clara al referirse a los menores de edad (de 18 años). 3) El 183 bis CP es claro, sin perjuicio de las penas correspondientes por los delitos cometidos. 4) Se indica que las menores aportaron sus imágenes voluntariamente, pero esto lo hacían tras habérselas solicitado antes el acusado, no de “ <i>motu proprio</i> ”.

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia del Tribunal Supremo
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2ª Fecha de inicio de los hechos, 23 de enero de 2011 Fecha de la Sentencia, 17 de febrero de 2017			ESTIMACIÓN PARCIAL Se reducen la Prisión y la Inhabilitación a 1 año, 9 meses, 15 días y se suman 2 meses a la Multa	STS 422/2018, de 15 de febrero, Sala de lo Penal, número de recurso 503/2017, resolución 83/2018, ponente D. Luciano VALERA CASTRO
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 169.1 CP Art. 171.1 CP Art. 183 bis CP Art. 189.1, 2 y 3 CP	Art. 169.1 CP Art. 171.1 CP Art. 189.1 y 3 CP	Prisión e inhabilitación especial 3 años, 5 meses, 17 días Libertad vigilada 5 años Multa 135 días	1) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 189.1 a) CP por no haber habido captación. 2) Inaplicación del art. 16 CP, en relación con el art. 189.1 a) CP, respecto de la menor, mayor de 13 años, sólo se realizó en tentativa. 3) Infracción arts. 10 y 14.1 CP, en relación con el art. 189.3 a) CP respecto a las menores de 13 años. 4) Infracción de ley por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE 5) Inaplicación del art. 21-6º CP.	1) Quedó probado en instancia que cuando las menores le enviaron fotografías, él les pedía más y más explícitas, por lo que sí que alentaba tal envío, además, es punible tanto captar como utilizar. 2) SE ESTIMA TENTATIVA , pues es un delito de mera actividad que se consuma con la captación del menor, pero no se llegó a captar al no enviar nada. 3) y 4) Lo alegado sobre desconocer las edades es incierto o irrelevante, habiendo contactado con ellas, no es creíble que desconozca sus edades. 5) Alegando varias sentencias, explica los motivos de las dilaciones del proceso, todos justificables.

Tribunal sentenciador				
Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª, SAP MA 1631/2015, ponente Dña. María Soledad ALEJANDRE DOMENECH.			Fecha de inicio de los hechos, 19 de junio de 2014 Fecha de la Sentencia, 20 de julio de 2015	
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Apreciaciones de la Sala	
Art. 183.1 CP Art. 189.2 a) CP Art. 189.3 a) CP	Art. 183 ter.2 CP	Prisión e inhabilitación especial 6 meses Responsabilidad civil 1.000 €	1)El delito de ciberacoso es una figura independiente, creada para poder sancionar de una forma más adecuada y proporcionada al desvalor de la conducta. 2)Dicho delito se consuma desde el momento en que el autor comienza su embaucamiento, independientemente de que consiga su objetivo.	

Tribunal sentenciador en Instancia			Resultado del recurso	Sentencia de la Audiencia Provincial
Juzgado de Menores de Málaga Fecha de inicio de los hechos, julio de 2015 Fecha de la Sentencia, 18 de noviembre de 2016			DESESTIMADO	SAP MA 506/2017, de 3 de mayo, Sección 8ª, número de recurso 85/2017, resolución 268/2017, ponente D. Manuel CABALLERO-BONALD CAMPUZANO.
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Alegaciones del recurso del condenado	Respuesta a las alegaciones
Art. 183 ter.2 CP	Art. 183 ter.2 CP	Libertad vigilada 2 años Orden de alejamiento y de no comunicación 2 años Prohibición del ejercicio de la docencia de menores 2 años Responsabilidad civil 500 €	1) No existe superioridad del menor autor para cometer el delito. 2) Existe una relación de igual a igual entre el autor y las víctimas. 3) Como no existe abuso de superioridad y la relación es de igual a igual, debe aplicable la exención de responsabilidad del art. 183 quater CP.	1) No se exige superioridad para perfeccionarse el delito, sólo que exista embaucamiento. 2) No existe relación de igual a igual mediando desigualdad de edades, diferencia de desarrollo madurativo o posiciones de superioridad jerárquica o emocional del autor con respecto de la víctima. 3) No es aplicable la exención de responsabilidad del art. 183 quater CP, al delito del art. 183 ter.2 CP, por el propio requisito del embaucamiento.

Tribunal sentenciador				
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª, SAP M 8406/2017, ponente Dña. María de la Almudena ÁLVAREZ TEJERO.			Fecha de inicio de los hechos, septiembre de 2013 Fecha de la Sentencia, 23 de junio de 2017	
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Apreciaciones de la Sala	
Art. 183 ter.2 CP Art. 185 CP	Art. 183 ter.2 CP Art. 185 CP	Prisión e inhabilitación especial 12 meses Orden de alejamiento y de no comunicación 3 años Prohibición de trabajo con menores 3 años	1)Aprovecharse de la inexperiencia sexual del menor perfecciona el embaucamiento. 2)El mero hecho de solicitar y/o de remitir imágenes o vídeos pornográficos constituye un serio peligro para el bienestar psíquico, el desarrollo y la formación de la menor víctima de este delito.	

Tribunal sentenciador			
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª, SAP M 1191/2017, ponente D. Julián ABAD CRESPO			Fecha de inicio de los hechos, noviembre de 2014 Fecha de la Sentencia, 11 de abril de 2015
Delitos posibles	Sentencia	Condena	Apreciaciones de la Sala
Art. 185 CP Art. 189.1 a) CP Art. 189.2 a) CP Art. 183 ter.2 CP	Absuelto		Acusado 1º: 1) No se pudo acreditar el delito de provocación sexual y exhibicionismo, porque no fueron hallados documentos o imágenes ni en el terminal del acusado, ni en el de la menor, que lo atestiguaran. 2) En cuanto los hechos objeto de acusación, no se estimaron constitutivos del delito de embaucamiento por no haberse podido probar. No se desvirtuó, por lo tanto, la presunción de inocencia del acusado.
Art. 185 CP Art. 189.1 a) CP Art. 189.2 a) CP Art. 183 ter.2 CP	Art. 189.1 a) CP en tentativa	Prisión 3 meses Inhabilitación especial 3 meses	Acusado 2º: 1) Se acreditó la comisión del delito de corrupción de menores, tanto por las manifestaciones del acusado en el acto del juicio, como por los materiales extraídos de su teléfono móvil y del de la menor. 2) Por otra parte, no se entendieron los hechos objeto de acusación, constitutivos del delito de embaucamiento porque no se pudieron contrastar.
Art. 185 CP Art. 189.1 a) CP Art. 189.2 a) CP Art. 183 ter.2 CP	Art. 189.1 a) CP en tentativa	Prisión 3 meses Inhabilitación especial 3 meses	Acusado 3º: 1) Al igual que el anterior, se reconoció en el acto del juicio la comisión del delito de corrupción de menores, y quedando refrendado tanto por las manifestaciones del acusado, como por conversaciones extraídas de su teléfono móvil (no obstante, no fueron todas las realizadas, al efectuarse la mayoría mediante Skype). 2) Tampoco quedó acreditado que los hechos objeto de acusación fuesen constitutivos de un delito de embaucamiento de menores con fines sexuales.

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de las sentencias citadas